

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
Programa de pós-graduação em Direito
Mestrado em Direito Processual

AUGUSTO DE ANDRADE MANSUR

**GARANTIA JUDICIAL DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO DEFINITIVO: O
DIREITO À EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO POSITIVA DE DÉBITO
TRIBUTÁRIO COM EFEITOS DE NEGATIVA COMO PRODUTO
PROCESSUAL DE ANÁLISE CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 206
DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL**

MESTRADO EM DIREITO

Vitória
2008

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
Programa de pós-graduação em Direito
Mestrado em Direito Processual

AUGUSTO DE ANDRADE MANSUR

**GARANTIA JUDICIAL DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO DEFINITIVO: O
DIREITO À EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO POSITIVA DE DÉBITO
TRIBUTÁRIO COM EFEITOS DE NEGATIVA COMO PRODUTO
PROCESSUAL DE ANÁLISE CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 206
DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL**

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Universidade Federal do Espírito Santo como exigência parcial para a obtenção do título de MESTRE em Direito (Direito Processual Civil), sob a orientação do Professor Doutor Tárek Moysés Moussallem

Vitória
2008

Banca Examinadora

Prof. Doutor Tárek Moysés Moussallem
(orientador)

Prof. Doutor Marcelo Abelha Rodrigues
(membro interno)

Prof. Doutor Paulo César Conrado
(membro externo)

Resumo

O presente estudo analisa o art. 206 do CTN segundo os deveres do devido processo legal e da isonomia direcionados aos órgãos jurisdicionais.

Para tanto, partiu-se do caráter constitutivo da linguagem sobre os *dados* processados pela razão para enfocar o direito positivo como manifestação lingüística composta de unidades normativas, sendo, nesse sentido, expostas as informações de cunho formal necessárias para o enfrentamento da questão a que se refere o título do trabalho.

Na seqüência, tais premissas foram aplicadas como ferramentas científicas para descrever os pertinentes fenômenos jurídicos de ordem tributária e processual.

Com base nas conclusões parciais obtidas em cada momento específico, o problema-objeto será enfrentado, de modo a se averiguar seu equacionamento jurídico pelos órgãos jurisdicionais.

Riassunto

Questo studio analizza il articolo 206 del CTN secondo il dovere di debito processo legale e la isonomia destinati ai tribunati.

Per entrambi, prendere in considerazione dello carattere costitutivo della linguaggio circa il *dati* trasformati per la ragione per mettere a fuoco il diritto positivo come manifestazione linguista con composizione di unite normative, stato, nesse senso, esposta le informazione di carattere formale necessarie per affrontar la questione relativa allo titolo della dissertazione.

Nella sequenza, tali premesse usate per descrivere i pertinenti fenomeni giuridico di ordine tributaria e processale.

Con base nelle conclusioni parziali raggiungita in ogni momento específico, il problema-oggetto saró afrontado, stato indicata sua rizzazione giuridica per i tribunati.

Sumário:

INTRODUÇÃO	13
1) PREMISSAS EPISTEMOLÓGICAS	17
1.1) Linguagem, realidade, conhecimento e conhecimento científico.....	17
1.1.1) O triângulo semiótico	19
1.1.2) Os três planos de análise da linguagem	20
1.1.3) Função e forma da linguagem.....	21
1.1.4) O percurso gerativo de sentido	23
1.1.5) Análise do discurso: enunciação e enunciado	24
1.2) Direito positivo x Ciência-do-direito	25
1.3) Corte metodológico, método e objetivo	25
1.4) Direito positivo	28
1.4.1) Direito positivo como sistema.....	28
1.4.2) Direito positivo como sistema normativo	30
1.4.3) Condutas humanas possíveis e não-necessárias como objeto normativo	34
1.4.4) Condutas humanas intersubjetivas como objeto do sistema normativo jurídico.....	35
1.4.5) O percurso gerativo de sentido e a constituição das normas jurídicas	35
1.4.6) Validade da norma jurídica.....	39
1.4.6.1) Fundamento de validade e hierarquização do direito	43
1.4.6.2) Interpretação autêntica.....	43
1.4.7) Vigência e aplicação das normas jurídicas	44
1.4.8) Classificações das normas jurídicas	46
1.4.9) Norma jurídica veículo introdutor	47
2) PREMISSAS JURÍDICO-TRIBUTÁRIAS PERTINENTES.....	50
2.1) Norma jurídica tributária e seu <i>ciclo de positivação</i>	50
2.2) Crédito tributário: constituição definitiva, exigibilidade, exeqüibilidade e extinção	53

2.3) Certidão negativa de débito tributário, Certidão positiva de débito tributário e Certidão positiva de débito tributário com efeitos de negativa.....	55
3) PREMISSAS JURÍDICO-PROCESSUAIS PERTINENTES	57
3.1) Processo: definição do conceito e limitação do objeto	57
3.2) Finalidade do processo e dever de devido processo legal	61
3.3) Dever de isonomia e dever jurisdicional	67
3.4) Garantia judicial na legislação processual civil (não-penal e não-trabalhista)	72
3.4.1) Hipóteses de constituição	75
3.4.1.1) Pelo titular do direito a ser garantido	76
3.4.1.2) Pelo titular do dever a ser garantido	86
3.4.1.3) Pelo órgão jurisdicional.....	94
3.4.1.4) Por terceiro.....	97
3.4.2) Constituição	100
3.4.3) Consequências da constituição.....	105
3.4.4) Extinção	111
3.5) Garantia judicial em processos tributários	113
3.5.1) Hipóteses	113
3.5.2) Constituição	129
3.5.3) Consequências da constituição.....	138
3.5.4) Extinção	141
4) GARANTIA JUDICIAL DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO DEFINITIVO: O DIREITO À EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO POSITIVA DE DÉBITO TRIBUTÁRIO COM EFEITOS DE NEGATIVA COMO PRODUTO PROCESSUAL DE ANÁLISE CONSTITUCIONAL DO ART. 206 DO CTN.....	146
4.1) Hipótese de constituição.....	146
4.2) Constituição	150
4.3) Consequências.....	151
4.4) Extinção.....	152
5) CONCLUSÕES	154
6) BIBLIOGRAFIA	170

INTRODUÇÃO

O contexto do presente estudo é o conjunto de normas jurídicas (válidas), considerado em seu aspecto estático, inferidas do texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e dos textos prescritivos autorizados por ela.

Em tal ambiente se empreenderá perquirição dogmático-analítica acerca da repercussão processual dos deveres constitucionais de isonomia e de devido processo legal (art. 5.º, *caput* e inciso LIV, da CRFB/88¹) no que toca respeito à pretensão do sujeito passivo tributário garantir judicialmente débitos tributários definitivos para se valer da permissão encetada pelo art. 206 do Decreto-Lei n.º 5.172/66² de ter em seu favor emitida determinação judicial de que dado órgão administrativo expeça certidão positiva de débito tributário com efeito de negativa, precisando-se o influxo de tais prescrições constitucionais sobre as normas jurídicas de estrutura reguladoras da atividade normativa precípua dos órgãos do Judiciário (art. 92 da CRFB/88³): a jurisdição⁴, especificamente, quando ela é solicitada para a consecução de tal desiderato.

¹ “Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade privada, nos termos seguintes: (...).(...) LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; (...)”.

² “Art. 206. Tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa”.

³ “Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário: I – o Supremo Tribunal Federal; I-A – o Conselho Nacional de Justiça; II – o Superior Tribunal de Justiça; III – os Tribunais Regionais Federais e os Juizes Federais; IV – os Tribunais e Juizes do Trabalho; V – os Tribunais e Juizes Eleitorais; VI – os Tribunais e Juizes Militares; VII – os Tribunais e Juizes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios. (...)”.

⁴ Não se pretende discutir o conceito de jurisdição no ordenamento jurídico pátrio, adotando-se, aqui, a seguinte sua noção: dever jurídico, dotado de aptidão para gerar coisa julgada, de formular imparcialmente normas jurídicas concretas que, quando provocado, é exercido de forma substitutiva.

Assim, o ponto de enfoque do presente trabalho está na ponderação acerca da validade da pretensão de o devedor de crédito tributário definitivo não submetido a execução fiscal, a fim de obter certidão positiva de débito tributário com efeito de negativa, valer-se de enfoque isonômico e teleológico-processual do enunciado legal do art. 206 do CTN para garantir judicialmente o crédito tributário como permitido em sede executória, e, conseqüentemente, extrair junto ao órgãos competentes tal documento.

A relevância do presente tema consubstancia-se em quatro pontos: i) sua atualidade, sendo sua discussão nos foros nacionais recente e não-uníssona⁵; b) sua configuração como releitura da legislação processual e tributária anterior a 1988 em consonância com a atual Constituição da República, de maneira a se determinar os moldes ideológicos em que essa recepção ocorreu⁶; e, se positiva a conclusão, iii) a necessidade de certidão fiscal dessa estirpe para as pessoas jurídicas participarem de licitação (art. 47 da Lei n.º 8.212/91⁷), alienarem ou onerarem bem imóvel ou direito relativo a ele (art. 1.º da Lei n.º 7.711/88⁸),

⁵ Vide no STJ, entre outros, os acórdãos dos seguintes recursos: Resp 700917/RS, Resp 846797/RS, AgRg no Resp734777/SC, Resp 275002/SC, Resp 536037/PR.

⁶ Tal posição metodológica de percepção e análise das prescrições processuais infraconstitucionais em cotejo com os postulados de ordem processual entabulados pela CRFB/88 – haja vista que boa parte da legislação nacional de processo é, cronologicamente (e não logicamente), anterior à atual Carta Magna – atualmente denomina-se de direito processual constitucional.

⁷ “Art. 47. É exigida Certidão Negativa de Débito-CND, fornecida pelo órgão competente, nos seguintes casos: I - da empresa: a) na contratação com o Poder Público e no recebimento de benefícios ou incentivo fiscal ou crédito concedido por ele; b) na alienação ou oneração, a qualquer título, de bem imóvel ou direito a ele relativo;c) na alienação ou oneração, a qualquer título, de bem móvel de valor superior a Cr\$ 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil cruzeiros) incorporado ao ativo permanente da empresa; d) no registro ou arquivamento, no órgão próprio, de ato relativo a baixa ou redução de capital de firma individual, redução de capital social, cisão total ou parcial, transformação ou extinção de entidade ou sociedade comercial ou civil e transferência de controle de cotas de sociedades de responsabilidade limitada; II - do proprietário, pessoa física ou jurídica, de obra de construção civil, quando de sua averbação no registro de imóveis, salvo no caso do inciso VIII do art. 30”.

⁸ “Art. 1º Sem prejuízo do disposto em leis especiais, a quitação de créditos tributários exigíveis, que tenham por objeto tributos e penalidades pecuniárias, bem como contribuições federais e outras imposições pecuniárias compulsórias, será comprovada nas seguintes hipóteses: I - transferência de domicílio para o exterior; II - habilitação e licitação promovida por órgão da administração federal direta, indireta ou fundacional ou por entidade controlada direta ou indiretamente pela União; III - registro ou arquivamento de contrato social, alteração contratual e distrato social perante o registro público competente, exceto quando praticado por microempresa, conforme definida na legislação de regência; IV - quando o valor da operação for igual ou superior ao equivalente a 5.000 (cinco mil) obrigações do Tesouro Nacional - OTNs: a) registro de contrato

obterem financiamento ou empréstimo junto a instituições financeiras oficiais (Lei n.º 7.711/88); e, iv) sua relevância econômico-financeira para os sujeitos passivos tributários que, ao obterem certidão positiva de débito fiscal com efeitos de negativa mediante apresentação em juízo de bem não-monetário, seriam beneficiados tanto com sua não-descapitalização essencial à manutenção de suas atividades – necessariamente decorrente do depósito em dinheiro – quanto com a rapidez da providência, pois, na ausência de monta pecuniária suficiente para a realização do depósito administrativo, deveriam: 1) transformar seus outros bens em dinheiro, 2) esperar ajuizamento de demanda executória fiscal para apresentar tais bens como garantia, ou 3) submeter-se a moroso procedimento administrativo para oferecimento dos respectivos bens em dáção em pagamento.

Nessa toada, para promover a análise proposta, primeiramente, fixar-se-ão, com a síntese que a ocasião pede, tanto as premissas epistemológico-jurídicas e as jurídico-positivas pertinentes ao tema: tributárias (norma jurídica tributária e seu ciclo de posituação; crédito tributário: constituição, exigibilidade, suspensão, excludibilidade e extinção; e, certidões fiscais) e processuais (definição do conceito de processo e sua finalidade; atividade jurisdicional, devido processo legal e isonomia; garantias judiciais e garantias judiciais tributárias). Em seguida, promover-se-á o cotejo das informações compartimentadamente aferidas a fim de se dimensionar a devida atuação dos representantes jurisdicionais em face do dever de devido processo legal e de isonomia na situação posta.

ou outros documentos em Cartórios de Registro de Títulos e Documentos; b) registro em Cartório de Registro de Imóveis; c) operação de empréstimo e de financiamento junto a instituição financeira, exceto quando destinada a saldar dívidas para com as Fazendas Nacional, Estaduais ou Municipais”.

1) PREMISSAS EPISTEMOLÓGICAS

1.1) Linguagem, realidade, conhecimento e conhecimento científico

Até o início do século XX predominava no pensamento ocidental a idéia de que o conhecimento era o produto da relação entre um sujeito cognoscente e um objeto, na qual a razão do primeiro acessava o segundo em sua plenitude.

A partir da segunda década de tal centúria, ganhou pujança na Europa uma perspectiva filosófica que incrementou essa tradicional base epistemológica: o Neopositivismo Lógico ou Giro Lingüístico⁹.

O posicionamento encetado por essa corrente de pensamento introduz a linguagem – conjunto de signos (categoria de classe que designa a unidade lingüística composta pela associação entre uma designação de identificação ou um nome – manifestado de forma gráfica, fonética ou gestual –, um conceito e um objeto correspondente) – como fator constitutivo do conhecimento. De modo que a (i) relação entre sujeito e objeto depende da captação de linguagem desse por aquele e (ii) a transformação das impressões derivadas de tal aproximação em conhecimento depende da emissão de uma nova linguagem enunciativa de tais conclusões.

Essa produção de sentido à razão humana dos dados percebidos pelo sujeito cognoscente essencial para a caracterização dos signos é denominada por UMBERTO ECO de “função sígnica”, existentes em contrapartida ao “sinal”, que é um estímulo que não significa nada”¹⁰, um não-signo.

⁹ O giro lingüístico iniciou-se com a publicação de *Tractatus Logico-Philosophicus*, de Ludwig Wittgenstein, ganhou fôlego com o Círculo de Viena e perdura até os dias atuais. Acerca do tema vide: MARTYNIUK, Cláudio Eduardo. *Positivismo, hermenêutica y teoria de los sistemas*. Buenos Aires : Biblos. 1994, e, SILVA, Joana Lins e. *Fundamentos da norma tributária*. São Paulo : Max Linmonad, 2001.

¹⁰ ECO, Umberto. *Tratado Geral de Semiótica*. Trad. Antônio de Pádua Danesi e Gilson César Cardoso de Sousa. São Paulo : Eitora Perspectiva, 1980. p. 39.

Por esse giro, a percepção dos objetos depende de o sujeito cognoscente possuir linguagem compatível com eles a ponto de individualizá-los no exterior de sua razão.

Nas palavras de TAREK MOYSÉS MOUSSALLEM¹¹:

A linguagem é o universo humano. E mais: tal universo é instaurado no homem pela via da linguagem, que neste sentido passa a ter *status* de apresentação do mundo.

Assim, como asseverou LUDWING WITTGENSTEIN¹²: “os limites de minha linguagem significam os limites do meu mundo”.

Nessa toada, o conhecimento também é encarado como fenômeno lingüístico, assumindo posição de meta-linguagem (descritiva) de uma linguagem-objeto emitida por um sujeito (cognoscente) e compatível com a linguagem de outro (destinatário). Dessa maneira, “o conhecimento é a relação entre linguagens – significações”¹³.

E, o seu nivelamento leva em conta o grau de precisão com o qual é constituído: presença de ambigüidade e vaguidade¹⁴, sendo classificado como vulgar ou científico conforme, respectivamente, presente ou não tais fenômenos lingüísticos.

¹¹ MOUSSALLEM, Tarek Moysés. Fontes do direito tributário. 2.^a ed. São Paulo : Editora Noeses, 2007. p. 2.

¹² WITTGENSTEIN, Ludwig. Tratado Lógico-filosófico. Trad. M.S. Lourenço. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p. 114, item 5.6.

¹³ MOUSSALLEM, Fontes..., ob. cit. p. 6.

¹⁴ “As incertezas designativas/denotativas dos termos da linguagem são estudadas pela Filosofia da Linguagem Ordinária como problemas de vagueza e ambigüidade dos termos gerais. A vagueza deve ser vista como um problema predominantemente denotativo. A ambigüidade, como um problema essencialmente designativo.

Um termo é vago, em sentido lato, nos casos onde não existe uma regra definida quanto a sua aplicação. Na prática, os critérios mediante os quais se pretende explicar o significado dos termos gerais da linguagem natural não permitem decidir, na totalidade dos casos, os limites precisos para sua denotação, devendo os usuários decidir pragmaticamente se incluem ou não determinadas situações, objetos ou subclasses de termos dentro da denotação. (...)

A ambigüidade, por outro lado, é um caso particular de incerteza designativa. Podemos caracterizar a ambigüidade nos casos em que um termo possui mais de um conjunto de propriedades designativas, isto é, um mesmo rótulo ou significante veicula propriedades designativas aplicáveis a âmbitos denotativos claramente diferenciáveis. (...). (WARAT, Luis Alberto. O direito e sua linguagem. 2.^a ed. Porto Alegre : Safe, 1995. p. 76/78).

Dessa forma, “onde não há rigor lingüístico não há ciência. *Fazer ciência é traduzir numa linguagem rigorosa os dados do mundo*; é elaborar uma linguagem mais rigorosa que a linguagem natural”¹⁵.

Firme nisso, considerando-se que o presente estudo assume contornos científicos acerca de seu objeto, afigura-se imprescindível a explanação de pertinentes aspectos acerca da linguagem como elemento de constituição epistemológica.

1.1.1) O triângulo semiótico

Os signos, enquanto unidades lingüísticas, podem ser analisados por três espectros, que compõem os vértices do denominado “triângulo semiótico”: o significante (o suporte físico gráfico, fonético/acústico, gestual ou objetal/estético), a significação (o juízo que a razão humana associa ao suporte físico), e, o significado (o objeto paradigma do significante e do significado, sensorial ou não).

Todavia, conforme alerta PAULO DE BARROS CARVALHO¹⁶, a distinção entre os elementos da unidade lingüística (o signo) e sua denominação não é pacífica na Lingüística:

(...) É necessário advertir que impera abundante descompasso entre os autores a respeito das denominações atribuídas a cada qual dos pontos desse triângulo, começando por aqueles que consideram o signo no seio de uma relação meramente bifásica ou bilateral (CARNAP: indicador e indicado; SAUSSURE: significante e significado). De fato, se percorremos os livros que se aprofundam na temática dos signos, vamos encontrara mais variada terminologia. UMBERTO ECCO (O Signo. 3.^a ed. Lisboa : Editorial Presença, 1985) utiliza *significante* para designar o suporte físico, *significado* para a significação e *referente* para o significado. Expõe, ainda, o nome que outros estudiosos adotam, como, por exemplo, PEIRCE, para que *signo* é o suporte físico, *interpretante*, a significação e *objeto*, o significado. MORRIS, de sua parte, elegeu *véculo sýgnico* no lugar de suporte físico, *designatum* ou *significatum* em vez de significação e *denotatum* para aludir ao significado. (...). Estabelecemos, contudo, num pacto semântico, a adoção das palavras de que se serve EDMUND HUSSERL: *suporte físico*, *significação* e *significado*, (...).

¹⁵ WARAT. O direito e sua linguagem. ob. citada. p. 37.

¹⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. Apostila de Filosofia do Direito I, Lógica Jurídica. São Paulo : PUC/SP, 1999. Capítulo II, p. 13.

Saliente-se que tal distinção é meramente analítica, pois, a manifestação da linguagem ocorrerá concomitantemente nesses três planos. Motivo pelo qual ao signo é atribuído *status* lógico de relação.

Com arrimo em tal panorama, afigura-se imperioso concluir que a saturação de conteúdo de cada um dos vértices do triângulo semiótico é ato de vontade do manuseador da linguagem, sendo a correlação entre o nome, o sentido e um dado objeto dependente do “pacto semântico” que se pretende criar. Motivo pelo qual FERDINAND DE SAUSSURE afirma que “o signo lingüístico é arbitrário”¹⁷. Tal possibilidade de determinação de conteúdo é denominada por JOHN HOSPERS como “liberdade de estipulação”¹⁸.

1.1.2) Os três planos de análise da linguagem

A linguagem, enquanto plexo de signos, pode ser analisada por três planos: sintático, semântico e pragmático.

Pelo primeiro os signos são analisados enquanto unidades de um conjunto, em suas relações mútuas enquanto componentes de uma estrutura lingüística (plano sintático). Pelo segundo, são tomados em referência com o sentido que lhes é atribuído (plano semântico). E, pelo terceiro, em referência com seus utentes (plano pragmático).

De acordo com a lição de LUIZ ALBERTO WARAT:

O signo, assim caracterizado, pode ser estudado sob três pontos de vista, atendendo ao fato de que pode ser considerado como elemento que mantém três tipos de vinculações: com os outros signos; com os objetos que designa; com os homens que o usam. A primeira vinculação é chamada de *sintaxe*; a segunda, *semântica*; a terceira, *pragmática*. Esses três níveis de análise constituem as partes da *semiótica*, entendida com a *teoria geral de todos os signos e sistemas de comunicação*. Mediante tais níveis, tenta-se estabelecer regras que, apesar de não serem inerentes às linguagens, permitem sua análise. Por

¹⁷ SAUSSURE, Ferdinand de. Curso de lingüística geral. Trad. Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blinkstein, 21.ª ed. 1999. p. 81.

¹⁸ HOSPERS, Jonh, Introducción al analisis filosófico. Buenos Aires : Editora Machi, 1964. p. 14.

esta razão Ferrater Mora considera a semiótica com uma metalinguagem¹⁹.

Segundo CHARLES S. PIERCE²⁰, os signos podem ser divididos em três ordens consoante a associação entre seu suporte físico e seu significado (objeto): ícone, índice e símbolo.

O ícone reproduz visualmente o objeto a que se refere. O índice encontra-se inserto em uma relação de causalidade natural com seu objeto paradigma. E, o símbolo advém de estipulação arbitrária entre tais elementos sýgnicos.

1.1.3) Função e forma da linguagem

Arrimado na distinção entre significação (plano semântico) e suporte físico (plano sintático), pode-se distinguir entre função e forma da linguagem dentro da interação comunicacional, que, por sua vez possui os seguintes elementos: a) sujeito remetente, b) sujeito destinatário, c) compatibilidade das linguagens do remetente e do destinatário (código), d) mensagem-linguagem, e) contexto de referência da mensagem, e, f) um canal físico que os permita se comunicar.

Afirma ROMAN JAKOBSON²¹:

O remetente envia uma mensagem ao destinatário. Para ser eficaz, a mensagem requer um contexto a que se refere (ou “referente”, em outra nomenclatura algo ambíguo), apreensível pelo destinatário, e que seja verbal suscetível de verbalização: um código total ou parcial comum ao remetente e ao destinatário (ou, em outras palavras, ao codificador e ao decodificador da mensagem); e, finalmente, um contacto, um canal físico e uma conexão psicológica entre o remetente e o destinatário, que os capacite a entrarem em permanecerem em comunicação.

A dinâmica da relação comunicacional estaticamente descrita por ROMAN JAKOBSON é explicada pela teoria dos atos de fala (locucionários) de J. L.

¹⁹ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre : Safe, 1995. p. 39.

²⁰ PIERCE, Charles S., *Semiótica*. Trad. José Teixeira Coelho Neto. 2. ed. São Paulo : Editora Perspectiva, 1995. p. 63/76.

²¹ JAKOBSON, Roman. *Lingüística e comunicação*. Trad. Izidoro Blikstein e José Paulo Paes. 15.^a ed. São Paulo : Cultrix, 1995. p. 122/123.

AUSTIN²², segundo quem no seio da comunicação têm-se: o ato de fala do remetente de expedir a mensagem ou ato proposicional (ato locucionário), o ato realizado pelo ato de fala do remetente, correspondendo à intenção do remetente ao expedi-lo (ato ilocucionário), e, o efeito perante o destinatário da recepção da mensagem veiculada por esse ato de fala ou mensagem (ato perlocucionário)²³.

Assim, conforme o contexto no qual o ato de fala seja emitido, a função (significação) da mensagem poderá ser: a) descritiva (destinada a informar o receptor sobre situações ocorridas ou de outra linguagem, caso em que pode ser denominada de meta-linguagem), b) expressiva de situações subjetivas (destinada a informar sentimentos do remetente), c) prescritivas (destinada a controlar a conduta do receptor), d) interrogativas (destinada a solicitar informações ao receptor), e) operativa (destinada a realizar ações), f) fática (destinada a introduzir a comunicação ou mantê-la), g) persuasiva (destinada a convencer o receptor), h) afásica (destinada a obscurecer o entendimento do receptor acerca de outras mensagens), e, i) fabuladora (destinada a criar ficções)²⁴.

Não obstante a intenção do remetente ao expedir a mensagem para o destinatário, a transmissão de tal conteúdo pode se manifestar por quatro modelos de expressões gramaticais (suporte físico), quais sejam: a) declarativas, b) interrogativas, c) exclamativas, e, d) imperativas²⁵.

Diante do exposto, conclui-se que não há relação de equivalência entre função e forma da linguagem, podendo o remetente correlacioná-los consoante suas intenções no contexto comunicacional em que se encontre²⁶.

²² AUSTIN, J. L. Quando dizer é fazer: palavras e ação. Trad. Danilo Marcondes de Souza. Porto Alegre : Artes Médicas, 1992.

²³ Acerca da utilização da teoria dos atos locucionários como premissa epistemológica de análise do direito positivo ver: MOUSSALLEM, Tarek Moysés. Revogação em matéria tributária. São Paulo : Noeses, 2005.

²⁴ Maiores detalhes sobre as funções da linguagem, vide: CHALHUB, Samira. Funções da linguagem. 11.^a ed. São Paulo : Ática. 2000.

²⁵ Maiores detalhes sobre as formas da linguagem, vide: COPI, Irving M. Introdução à lógica. 3.^a ed. São Paulo : Editora Mestre Jou, 1981 .p. 53/56.

²⁶ Sobre tal assunto, IRVING M. COPI assinala: "(...). A estrutura gramatical de um trecho fornece, com frequência, indícios sobre sua função, mas não existe qualquer correlação necessária entre função e forma gramatical. Tampouco existe uma relação estrita entre a função e o conteúdo – no

1.1.4) O percurso gerativo de sentido

O percurso gerativo de sentido é o íterim intelectual realizado pelo sujeito cognoscente que se inicia com seu acesso a um texto (suporte físico escrito ou oral composto por um ou mais signos²⁷) e culmina com a atribuição de sentido a tal documento. Ele consubstancia-se em “(...) uma gramática que preside à construção do texto (...)”²⁸.

Segundo JOSÉ LUIZ FIORIN²⁹:

O percurso gerativo de sentido é uma sucessão de patamares, cada um dos quais suscetível de receber uma descrição adequada, que mostra como se produz e se interpreta o sentido, num processo que vai do mais simples ao mais complexo.(...).

Dentro da perspectiva semiótica, tal operação mental se desenvolve da seguinte forma: (i) primeiro, o sujeito cognoscente entra em contato com o(s) texto(s) enquanto fenômeno(s) meramente físico(s) – plano literal – , (ii) segundo, ele atribui sentido aos signos isoladamente – plano das significações isoladas –, e, (iii) terceiro, há a combinação desses sentido isolados e o alcance do sentido global da mensagem extraída do texto – plano das significações articuladas –³⁰.

sentido do que, aparentemente, era afirmado pelo trecho. (...): (COPI, Irving M. Introdução à lógica. 3.^a ed. São Paulo : Editora Mestre Jou, 1981 .p. 55).

²⁷ Acerca do tema, vide: FÁVERO, Leonor Lopes. e KOCH, Ingedore G. Villaça. Linguística textual: introdução. 3.^a ed. São Paulo : Cortez Editoria, 1994. p. 18. Para Gregorio Robles texto é “qualquer realidade suscetível de interpretação” e, “(...) levando a questão ao limite, seria possível dizer que toda realidade, inclusive a realidade natural, é um texto nesse sentido amplo, porque até o cientista interpreta a natureza depois de observá-la. (...)” (ROBLES, ob. citada. p. 49).

²⁸ FIORIN, José Luiz. Elementos da análise do discurso. São Paulo : Editora da Universidade de São Paulo, 2000. p. 9.

²⁹ Idem, p. 17.

³⁰ Acerca do tema ver: Santaella, Lúcia. A percepção: uma teoria semiótica. São Paulo : Experimento, 1993. p. 33/51.

1.1.5) Análise do discurso: enunciação e enunciado

Na dinâmica de constituição da linguagem também pode-se distinguir entre o ato-produtor e seu produto.

O primeiro é denominado de enunciação e o segundo de enunciado, correspondente “na trilogia componente do signo, ao suporte físico, ou seja, é a expressão material de um signo. É a palavra escrita ou falada.”³¹, sendo sua significação designada pelo verbete “proposição”³².

Acerca do tema, PAULO DE BARROS CARVALHO³³:

Enunciado é o produto da atividade psicofísica de enunciação. Apresenta-se como um conjunto de fonemas ou de grafemas que, obedecendo a regras gramaticais de determinado idioma, consubstancia a mensagem expedida pelo sujeito emissor para ser recebida pelo destinatário no contexto da comunicação. Para a Lógica Apofântica, que opera com a linguagem tomada em sua função exclusivamente descritiva de situações objetivas, enunciado é toda formação lingüística bem construída. Indicativa de um acontecimento efetivo, ostentando, por isso mesmo, a propriedade de ser verdadeira ou falsa. A exigência de ser um segmento de linguagem *bem construído* garante ao enunciado aquilo que conhecemos por *sentido completo* e, por conseguinte, sua subordinação às valências lógicas mencionadas.

Todavia, como evento de enunciação se perde no tempo e espaço, sua constatação depreende de enunciados que lhe indiquem o acontecimento constantes no bojo do texto-objeto produzido (suporte físico). De modo que a enunciação somente é constatada pelos enunciados que deixa no suporte físico.

Com arrimo nesse ponto, têm-se as figuras: (i) da enunciação-enunciada: enunciados indicativos da atividade de enunciação, e, (ii) do enunciado-enunciado: enunciados que não se referem à enunciação, mas sim à mensagem comunicada.

³¹ MOUSSALLEM, Fontes..., ob. citada. p. 59.

³² “Há palavras frequentemente utilizadas como sinônimo de enunciado: oração, sentença, asserção e proposição. Os autores alemães empregam o vocábulo aussage, que significa enunciado.(...)” (CARVALHO, Paulo de Barros. Formalização da linguagem: proposições e fórmulas. Direito. São Paulo, n.º 1, jan/jun, 1995. p. 143).

³³ CARVALHO, ob. citada. p. 143.

1.2) Direito positivo x Ciência-do-direito

Fundamental para a demarcação do objeto do presente estudo é a distinção entre direito positivo e Ciência-do-Direito, porquanto se consubstanciarem em diversos *corpus* lingüísticos normalmente confundidos.

A principal distinção entre direito positivo e Ciência-do-Direito reside na função que essas linguagens apresentam, sendo a primeira prescritiva de condutas humanas (linguagem-objeto) – de cunho deôntico – e a segunda descritiva da linguagem do direito positivo (meta-linguagem) – de caráter apofântico –.

Ao se partir de tal ponto, têm-se duas distinções fundamentais de tais linguagens, relativas: a) ao critério de pertinência de enunciados (no direito positivo ele é de validade/invalidade, na Ciência-do-Direito de verdade/falsidade), e, b) à autorização para sua constituição (no direito positivo somente os sujeitos autorizados por essa própria linguagem o criam, já a constituição da Ciência-do-Direito pode ser realizada por qualquer sujeito cognoscente).

1.3) Corte metodológico, método e objetivo

Todo estudo científico pressupõe a determinação de: a) objeto (corte metodológico), b) método de investigação e c) objetivo.

Entrementes, sendo a percepção dos objetos ato de apreensão de linguagem pelo sujeito cognoscente, o corte metodológico consubstancia-se na determinação pelo estudioso da linguagem a ser estudada em dado espaço-tempo.

Nesse sentido, o objeto do presente estudo (linguagem estudada) é o conjunto de normas válidas auridas do texto denominado de Constituição da República Federativa do Brasil promulgado em 05 de outubro de 1988³⁴ e dos demais textos

³⁴ A CRFB/88 equivale à norma hipotética-fundamental de Kelsen. Acerca do tema, vide KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. 6.^a ed. São Paulo : Martins Fontes, 2000.

por ele autorizados como prescritivos (textos de direito positivo) que regulam os órgãos do Judiciário (enumerados no art. 92 da CRFB/88) no cumprimento de seu dever de constituição imparcial para terceiros de normas jurídicas concretas potencialmente imutáveis (jurisdição) em relação ao pleito do sujeito passivo tributário de fornecer garantia judicial de débitos tributários definitivos para se valer da permissão encetada pelo art. 206 do CTN a fim de ter em seu favor emitida norma jurídica prescritiva de que dado órgão administrativo expeça certidão positiva de débito tributário com efeitos de negativa

Contudo, como restará esclarecido mais a frente, sendo as normas jurídicas significações especificamente estruturadas extraídas dos documentos normativos (textos de direito positivo), tais suportes físicos configuram-se como o único e exclusivo dado objetivo com o qual se depara o estudioso do direito positivo. Motivo pelo qual os documentos normativos (Subsistema 1 do direito positivo: S1) consubstanciam-se como objeto imediato do presente estudo, sendo as significações isoladas (Subsistema 2 do direito positivo: S2), as normas jurídicas (Subsistema 3 do direito positivo: S3) e as relações de coordenação e subordinação travadas entre elas (Subsistema 4 do direito positivo: S4), objetos mediatos, uma vez que todos esses níveis de interpretação são acessados no percurso gerativo de sentido jurídico³⁵.

Nesse diapasão, como o dado perceptível pelo cientista do direito é o plano da expressão (S1), a conformação dos demais planos (S2, S3 e S4) fica necessariamente a cargo de sua interpretação dos suportes físicos jurídicos, de modo que os sentidos tomados por ele como objeto (S2, S3 e S4) consubstanciam-se em sentido extraído por ele do contato com a literalidade jurídica (S1), atribuindo ao discurso científico jurídico *status* de interpretação de segundo nível.

Acerca de tal ponto afirma TAREK MOYSÉS MOUSSALLEM³⁶:

³⁵ Tal modelo de subsistemas jurídicos é de autoria de Paulo de Barros Carvalho: CAVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário. 18.^a ed. São Paulo : Saraiva, 2007. p. 109/133.

³⁶ MOUSSALLEM, Tarek Moysés. Revogação em matéria tributária. São Paulo : Noeses, 2005. p. 103.

Na sucessão de linguagem-objeto e metalinguagens que compõem o sentido do jurídico, a resposta sobre qual é o objeto de estudo da Ciência do Direito ganha forte tom de relatividade. Pois, se num primeiro instante o objeto imediato é o enunciado prescritivo, num segundo momento, o sentido construído a partir das significações o sentido construído a partir das significações desses mesmos enunciados, converte-se em objeto para a construção de novo sentido (meta-sentido) numa série infinita de sentidos deônticos.

Também nesse sentido manifesta-se GREGORIO ROBLES³⁷:

Cada ordenamento jurídico é um texto gerador por *atos de fala*, que denominamos *decisões* jurídicas. As decisões geram texto num processo inacabado até que o ordenamento, por qualquer razão, desapareça.

As decisões produzem texto verbalizado cujas unidades elementares chamamos de *normas jurídicas*. Estas normas não são proporcionadas diretamente pelas decisões, mas, em verdade, constituem o resultado de uma reconstrução hermenêutica que opera sobre o *material bruto do ordenamento*. O conjunto de normas forma o *sistema jurídico*, conceito paralelo ao de ordenamento, mas que não se confunde com ele porque o sistema também é produto da reconstrução hermenêutica do material bruto que o ordenamento é.

Com relação ao método (forma de aproximação do sujeito cognoscente em relação ao objeto) deve-se esclarecer que se lançará mão: do dogmático-dedutivo, baseado no binômio ‘observação-descrição’ das normas jurídicas focadas a partir da premissa epistemológica adotada, e, do hermenêutico, que visa interpretá-las sistematicamente³⁸, pois, “como texto, o direito é suscetível das análises típicas de qualquer outro texto. (...)”³⁹.

Tal conjugação se torna imperiosa porque, manifestando-se o direito positivo por linguagem, não há como ser analisado e utilizado sem interpretação.

Já o objetivo do presente estudo consubstancia-se na determinação do influxo das prescrições constitucionais do devido processo legal e de isonomia em sede processual-jurisdicional sobre o enunciado legal do art. 206 do Decreto-Lei n.º 5.172/66 (CTN) no que toca respeito à obtenção de certidão positiva de débito

³⁷ ROBLES, Gregorio. O direito como texto. Trad. Roberto Barbosa Alves. Barueri : Editora Manole, 2005. p. 1/2.

³⁸ Acerca dos métodos pertinentes ao estudo do direito positivo, ver: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A ciência do Direito. São Paulo : Editora Atlas.

³⁹ ROBLES, ob. citada. p. 2.

tributário com efeitos de negativa pelo sujeito passivo tributário mediante oferecimento de garantia judicial para assegurar a satisfação de crédito tributário definitivo não-garantido.

1.4) Direito positivo

Muito embora comporte várias designações, precipuamente, deve-se atribuir à expressão “direito positivo” aquela sua significação de caráter lógico-jurídico, qual seja: *sistema de normas destinado, em determinado espaço-tempo, a regular condutas humanas possíveis e não-necessárias intersubjetivamente*.

Portanto, ordinariamente, utilizar-se-á a expressão “direito positivo” como signo pertinente àquela ordem positivada de proposições deônticas orientadoras de um determinado grupo social em dado espaço-tempo⁴⁰.

Nessa senda, tem-se que a definição do conceito suso apresentada é composta de três núcleos (i: *sistema*; ii: *normas*; e iii: *reguladoras de condutas humanas possíveis e não necessárias intersubjetivamente*) cabendo, primeiramente, estudá-los em separado, para depois uni-los e, extraíndo o sentido de sua combinação, analisar a conclusão alcançada.

1.4.1) Direito positivo como sistema

O significado do vocábulo *sistema* é premissa epistemológica, sendo arbitrado por dado sujeito cognoscente, por isso, inconteste. No presente estudo sua noção indica: conjunto de elementos, agrupados segundo determinado número de

⁴⁰ Acerca do tema vide: VILANOVA, Lourival. Sobre o conceito de direito. Recife : Imprensa Oficial. 1947.

critérios, que interagem entre si (relação de coordenação) de forma unitária (relação de subordinação)⁴¹.

No caso específico do sistema do direito positivo, a quantidade de critérios seletores de elementos é singular, tendo em vista que os elementos exteriores (norma) tornam-se uma sua unidade (norma jurídica) com base em apenas uma vertente de discernimento, qual seja: a da *validade*.

O caráter unitário de um sistema atina a simbiose apresentada por seus elementos. E, em relação ao direito positivo, que é composto de proposições normativas, tal característica apresenta-se na compatibilidade (possibilidade de coexistência lógica) de suas unidades, implicando na coerência do conjunto.

Isto é, o fenômeno denominado de “direito positivo” é um sistema porque suas unidades-componentes devem ser produzidas em consonância com as orientações por ele postas, que, em última análise, estão alocadas na CRFB/88⁴².

E, no objeto ora estudado, essa coloração sistemática é a todo momento perseguida, na medida em que o próprio direito positivo pátrio constitui mecanismos tanto para evitar a criação de normas jurídicas incompatíveis (controle de constitucionalidade preventivo via Comissões Legislativas de Constitucionalidade e veto presidencial; conexão; continência, litispendência e coisa julgada) quanto para corrigir incompatibilidades configuradas (critérios para solução de conflitos normativos: hierárquico, cronológico e especial; ADIN; ação rescisória, ação declaratória de inexistência de relação jurídica e recursos).

Em arremate, impende pontificar que o sistema não é um dado empírico, posto na realidade, senão, uma construção racional do sujeito cognoscente acerca de determinado objeto, na medida em que (i) o(s) critério(s) seletor(es) dos elementos do sistema, (ii) a relação de interação que tais elementos exercem entre si e (iii) sua representação unitária, não existem *per se*, advindo da organização lingüística

⁴¹ Acerca do tema, vide: CANARIS, CLAUS-WILHELM. Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito. 3.^a ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 2002; e, NEVES, Marcelo. Teoria da inconstitucionalidade das leis. São Paulo : Saraiva, 1988.

⁴² Acerca do tema vide: VILANOVA, As estruturas ..., ob. citada.

sofrida pelos dados percebidos pelo sujeito cognoscente. Razão pela qual não há “possibilidade de se falar em sistema no plano do mundo físico”⁴³.

1.4.2) Direito positivo como sistema normativo

Norma é suporte físico cuja significação foi concebida pelo neocriticismo alemão⁴⁴ como: juízo hipotético kantiano⁴⁵ com função prescritiva⁴⁶ de condutas humanas possíveis e não-necessárias.

Nessa vereda, *norma* é uma estrutura sintática composta pela cópula deôntica de duas proposições, onde para a descrição da primeira (hipótese ou antecedente) imputa-se a segunda (tese ou conseqüente), sendo assim representada: deve-ser que, se *h* (hipótese ou antecedente), então, deve-ser *t* (tese ou conseqüente). Em linguagem formalizada: $D(h \rightarrow t)$.

A norma requer a enunciação de que se tais e tais fatos ocorrerem, tais e tais conseqüências devem ser relacionadas com esses pressupostos. Na base da forma implicacional – hipótese/conseqüência ou antecedente/conseqüente – está um ato-de-asserção, positivo ou negativo, mas assertivo. É um juízo na terminologia clássica⁴⁷.

Importa ressaltar que o alcance do escopo prescritivo da norma não depende do conteúdo circunscrito na hipótese/antecedente, mas sim de que a tese/conseqüente refira-se deonticamente à conduta humana. Por isso pode-se afirmar que o juízo normativo possui *função* prescritiva do comportamento

⁴³ MOUSSALLEM, Fontes ..., ob. citada. p. 45.

⁴⁴ ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de Filosofia. São Paulo : Martins Fontes, 2000. p. 716.

⁴⁵ Vide: KANT, Immanuel. Crítica da razão pura. 4.^a ed. Trad. Manoela Pinto dos Santos e Alexandre Frade Morujão. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 106/107; e, KANT, Immanuel. Lógica. Trad. Guido Antônio da Almeida. ed. Tempo Brasileiro : Rio de Janeiro, 1992. p. 125.

⁴⁶ Acerca do tema vide: BOBBIO, Norberto. Teoria da norma jurídica. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. . São Paulo : EDIPRO, 2001.

⁴⁷ VILANOVA, Lourival. Norma jurídica – proposição jurídica (significação semiótica). In Revista de Direito Público n.º 62. São Paulo : RT, 1982. p. 61.

humano, não obstante seu primeiro elemento estrutural (hipótese) seja preenchido pela descrição de qualquer dado fático (forma descritiva)⁴⁸.

Na verdade, a consequência não é imputada apenas a uma conduta humana, ou - expresso na terminologia usual - a consequência não é somente imputada a uma pessoa, mas também a fatos ou circunstâncias exteriores. Mas é sempre e apenas a conduta humana que é imputada⁴⁹.

Saliente-se que, conforme apontou LOURIVAL VILANOVA, a norma apresenta dois momentos deônticos⁵⁰. O primeiro, não-modalizado ou neutro (*D*) que age sobre o vínculo implicacional (functor-de-functor) existente entre a hipótese/antecedente (proposição descritiva) e a tese/conseqüente (proposição prescritiva), estabelecendo ser devida a aplicação dessa ante a verificação daquela. Já o segundo compõe a tese (*t*) e é modalizado ou em permitido ou em proibido ou em obrigatório (*R*)⁵¹, e relaciona com direitos (*dir*) e deveres (*dev*) os sujeitos destinatários (ativo e passivo, respectivamente: *S* e *S'*) em torno de um objeto material ou imaterial (*b*). De modo que a junção desses elementos corresponde à relação normativa⁵² (RN).

A norma jurídica, quer a norma primária, quer a norma secundária, são estruturas condicionais. O que as distingue das estruturas de enunciados das leis naturais é a incidência do operador 'dever-ser' *sobre a relação de implicação*. Sem a norma, a relação entre A e B não seria realmente, ou possivelmente. A norma prefixa o operador: dever-ser a implicação entre A e B ou $D(A \rightarrow B)$ ⁵³.

⁴⁸ Gregorio Robles denomina a função prescritiva dos enunciados jurídicos apresentados de forma descritiva de princípio da prioridade pragmática. (ROBLES, ob. citada. p. 31).

⁴⁹ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. 6.^a ed. São Paulo : Martins Fontes, 2000. p. 111.

⁵⁰ Acerca do tema vide: VILANOVA. As estruturas ..., ob.citada. p. 95/100.

⁵¹ Os modais deônticos permitido (P), proibido (V) e obrigado (O) são interdefiníveis mediante a combinação de um deles com a negação. "(...). Assim, temos as equivalências: $O(p) = V(\text{não-}p)$, isto é, obrigar a fazer é equivalente a obrigar sua omissão. Observe-se que a negação ora foi proposicional, não-*p*, ora foi functorial, incidindo sobre o functor D. Igualmente as equivalências: $O(\text{não-}p) = V(p) = \text{não-}P(p)$; $\text{não-}O(\text{não-}p) = \text{não-}V(p) = P(p)$. O leitor pode transportar para a linguagem não-formal, interpretando O, P e V como obrigatório, permitido e proibido e a negação ora incidindo nesses funtores, ora incidindo na variável proposicional *p*". (VILANOVA, As estruturas..., ob. citada. p. 155/156).

⁵² Acerca da variação dos modais deônticos vide: BOBBIO, Norberto. Teoria da norma jurídica. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo : EDIPRO, 2001.

⁵³ VILANOVA, Lourival. Causalidade e relação no Direito. 4.^a ed. São Paulo : RT, 2000. p. 96.

Deve-se pontuar que as normas, enquanto juízos que são, não habitam o plano empírico, são objetos ideais⁵⁴, alçados mediante interpretação de dados enunciados⁵⁵.

Nesse sentido, afirma LOURIVAL VILANOVA⁵⁶:

(...). A norma não é a oralidade ou a escritura da linguagem, nem é o ato-de-querer ou pensar ocorrente no sujeito emissor da norma, ou no sujeito receptor da norma, nem é, tampouco, a situação objetiva que ela denota. A norma jurídica é uma estrutura lógica-sintática de significação: a norma conceptua fatos e condutas, representá-os não como desenho intuitivo, imagem reprodutiva (que somente pode ser do concreto – há normas abstratas) de fatos-eventos e fatos-condutas. Representa-os como significações objetivas – endereçadas ao objetivo -, confirmáveis ou não na espécie de eficácia ou ineficácia por parte das situações objetivas (ou *states-of-affairs*).

Por esse veio, para haver formulação de norma, prescinde-se de (i) uma linguagem com base na qual se inferirá um sentido e (ii) um ser cognoscente para realizar tal interpretação. O que, em consonância com a premissa epistemológica adotada, desenvolver-se-á de acordo com o percurso gerativo de sentido, no qual o agente competente entra em contato com os textos de direito positivo (S1), extraí-lhes significações isoladas prescritivas (S2), e, em seguida, une-as dentro de uma estrutura hipotética-condicional com função deôntica de regular condutas humanas intersubjetivas possíveis e não-necessárias (S3). E, por fim, correlaciona tais unidades normativas coordenativa e subordinativamente (S4), colmatando o caráter sistemático de tal conjunto.

⁵⁴ “(…). Dividimos os objetos em reais e ideais. Chamamos de reais ou efetivos todos que nos são dados na experiência externa ou interna ou são inferidos a partir dela. Comparados a eles, os objetos ideais aparecem como irrealis, meramente pensados. (...)”. (HESSEN, Johannes. Teoria do conhecimento. trad. João Vergílio Gallerani Cuter. São Paulo : Martins Fontes, 1999. p. 21.).

⁵⁵ “Enunciado é o produto da atividade psicofísica de enunciação. Apresenta-se como um conjunto de fonemas ou de grafemas que, obedecendo a regras gramaticais de determinado idioma, consubstancia a mensagem expedida pelo sujeito emissor para ser recebida pelo destinatário no contexto da comunicação. Para a Lógica Apofântica, que opera com a linguagem tomada em sua função exclusivamente descritiva de situações objetivas, enunciado é toda formação lingüística bem construída. Indicativa de um acontecimento efetivo, ostentando, por isso mesmo, a propriedade de ser verdadeira ou falsa. A exigência de ser um segmento de linguagem bem construído garante ao enunciado aquilo que conhecemos por sentido completo e, por conseguinte, sua subordinação às valências lógicas mencionadas.” (CARVALHO. Formalização ob. citada. p. 143). Sobre a diferença entre enunciado, “enunciado-enunciado” e “enunciação-enunciada”, bem como sua utilização como premissa epistemológico-jurídica, vide: MOUSSALLEM, Fontes ..., ob. citada).

⁵⁶ VILANOVA. Norma jurídica..., ob. citada. p. 61.

Nesse estofo, sendo a norma a unidade componente do direito positivo, as orientações expostas acerca dela encaixilham-se à perfeição na análise de tal objeto.

Na lição de PAULO DE BARROS CARVALHO⁵⁷:

(...). Insisto na tese da homogeneidade sintática das regras de direito positivo, para reconhecer nas normas jurídicas tributárias a mesma estrutura formal de todas as demais unidades do conjunto. É na instância semântica que as diferenças se estabelecem. Procurando cobrir o campo possível das condutas em interferência intersubjetiva, o legislador vai saturando as variáveis lógicas da norma com juízo de valor que presidiu a escolha, ao mesmo tempo em que orienta os comportamentos dos sujeitos envolvidos, modalizando-os com os operadores 'obrigatório', 'proibido' e 'permitido'. É precisamente neste espaço que as normas jurídicas adquirem aquela heterogeneidade semântica que mencionamos, sendo admissível, então, falar-se em normas constitucionais, administrativas, civis, comerciais, processuais e normas de direito tributário. (...).

E, assim sendo, a constituição das unidades jurídicas possuem como condições necessárias uma linguagem veiculadora de prescrições e a um agente extrator de sentido. O primeiro elemento corresponde aos denominados textos de direito positivo ou documentos normativos (hodiernamente a CRFB/88 e os demais por ela considerados como tal), que é a linguagem qualificada como tal por um ordenamento jurídico. E, o segundo atina às pessoas autorizadas por um sistema jurídico para realizar tal interpretação, cujo resultado importa na norma jurídica.

Dessarte, afirmar ser o direito positivo um *sistema de normas* importa compreendê-lo como um conjunto unitário de significações estruturadas em formato: $D(H \rightarrow [S(dir) \times S'(dev)]b)$, inter-agentes entre si e cuja construção é realizada por sujeitos que o próprio sistema normativo habilita a fazê-lo a partir de uma linguagem com a qual ele mantém referência.

⁵⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência. São Paulo : Saraiva, 1999. p. 76/77.

1.4.3) Condutas humanas possíveis e não-necessárias como objeto normativo

A *regulamentação de condutas humanas* como finalidade das normas é conclusão de argumento cuja premissa consubstancia-se na idéia de que o *telos* do deôntico é reger o apofântico.

(...) O conteúdo possível do jurídico é a conduta humana e quando os fatos do mundo puramente natural são relevantes para o direito, é sempre em função da conduta humana. (...) ⁵⁸.

Coordenação essa que só ocorrerá em relação aos fenômenos do “ser” suscetíveis de sofrerem influência das orientações advindas da ordem do “dever-ser”, quais sejam: as condutas humanas possíveis e não-necessárias.

Isso porque os atos humanos impossíveis, os atos humanos necessários e as manifestações naturais (alheias à vontade humana) não são passíveis de modificação valorativa. O que implica ser sem-sentido deôntico uma norma que pretende regular um desses fenômenos, pois que são inalteráveis pelo deôntico.

No que toca respeito a tal posicionamento, arrematadora é a explanação de LOURIVAL VILANOVA⁵⁹:

(...) Se a norma prescreve o que factualmente impossível, carece de sentido (a Terra não deve – está proibida – girar em torno do Sol); ou se prescreve o que é factualmente necessário (todo o curso de águas de um rio está obrigado a descer o declive) também carece de sentido. Tem *sentido sintático*, mas não tem *sentido semântico* referencial as coisas ou estado-de-coisas). Esses enunciados são exemplos bem construídos, comas partes da *oração* e as partes sintáticas da *estrutura lógica* em congruência com os modelos. Mas se evitam o *sem-sentido formal* representam *contra-senso factual*.

⁵⁸ VILANOVA. Sobre..., ob. citada. p. 66.

⁵⁹ VILANOVA, As estruturas ..., ob citada. p.74.

1.4.4) Condutas humanas intersubjetivas como objeto do sistema normativo jurídico

Ademais de se dirigir a conduta humana possível e não-necessária, o direito positivo, por questões de aplicabilidade, só interfere nas práticas humanas intersubjetivas, ou seja, de um sujeito com o(s) outro(s), sendo postas à margem por tal ordenamento as condutas intrasubjetivas: do sujeito consigo. Motivo pelo qual se qualifica como irreflexivas as relações jurídicas⁶⁰.

Tal intersubjetividade é um dado característico dos sistemas jurídicos enquanto mecanismos de controle social e não derivante de sua estrutura normativa, pois que as condutas intrasubjetivas, enquanto não refletidas no convívio dos sujeitos (tornando-se intersubjetivas), não interessam ao direito positivo.

Assim, quando saturada de sentido jurídico a estrutura normativa, o campo correspondente ao sujeito ativo será preenchido por pessoa diversa daquela que ocupa o compartimento do sujeito passivo.

Dessa maneira, as unidades do sistema de direito positivo ora estudado são juízos (estruturas sintáticas) hipotéticos-condicionais com função deôntica de regular condutas humanas intersubjetivas possíveis e não-necessárias cujo conteúdo é extraído da CRFB/88 e dos textos autorizados por ela.

1.4.5) O percurso gerativo de sentido e a constituição das normas jurídicas

Conforme outrora consignado, o percurso gerativo de sentido é composto por três fases: (i) a primeira de contato físico com o suporte físico textual; (ii) a segunda de atribuição de sentido aos signos isoladamente; (iii) a terceira de adição dos sentidos obtidos em separado e o equacionamento de um sentido mais amplo.

⁶⁰ Acerca do tema, vide: VILANOVA, Causalidade ..., ob. citada.

A compreensão da formulação do direito positivo segundo tal modelo epistemológico é obra da lavra de PAULO DE BARROS CARVALHO, que assim se manifesta:

O procedimento de quem se põe diante do direito com pretensões cognoscentes há de ser orientado pela busca incessante da compreensão desses textos prescritivos. Ora, como todo texto tem um plano da expressão, de natureza material, e um plano de conteúdo, por onde ingressa a subjetividade do agente para compor as significações da mensagem, é pelo primeiro, vale dizer, a partir do contacto com a *literalidade textual*, como *plano dos significantes* ou com o chamado *plano da expressão*, como algo *objetivado*, isto é, posto intersubjetivamente, ali onde estão as estruturas morfológicas e gramaticais, que o intérprete inicia o processo de interpretação, propriamente dito, passando a construir os conteúdos significativos dos vários enunciados ou frases prescritivas para, enfim, ordená-los na forma estrutural das normas jurídicas, articulando essas entidades para construir um domínio.(...) ⁶¹.

Nessa toada, o agente competente ao se deparar com a necessidade de constituição normativa executará tal “trajetória da interpretação”⁶², cujas fases apontadas por PAULO DE BARROS CARVALHO se consubstanciam: a) na determinação do plexo de enunciados normativos válidos (S1), b) na determinação das prescrições isoladas pertinentes (S2), c) na formulação das normas jurídicas como conjunção das pertinentes prescrições isoladas (S3), e, d) na realização das combinações coordenativas e subordinativas das normas jurídicas constituídas em S3 (S4).

O cumprimento da primeira etapa (S1) está condicionado ao corte metodológico ora adotado, devendo ser considerado pelo agente competente como documentos normativos válidos a CRFB/88 e os textos autorizados por ela como prescritivos.

A caracterização da CRFB/88 como tal é fruto do conteúdo de seu preâmbulo que lhe aponta como documento normativo inicial do sistema jurídico atual. Enquanto que a identificação (sintática) de determinados textos como suportes físicos jurídicos infraconstitucionais depende de averiguação (semântica) que constate no próprio texto – na enunciação-enunciada que consubstancia a norma jurídica veículo introdutor – a presença dos seus requisitos de validade (sintática):

⁶¹ CARVALHO, Curso..., ob. citada. p. 112.

⁶² Tal expressão é utilizada por Paulo de Barros Carvalho em referência ao percurso gerativo de sentido (Idem, ibidem).

composição frásica apta (*in casu*, por força do art. 13 da CRFB/88⁶³, em consonância com a língua portuguesa) e subordinação formal à seu(s) fundamento(s) de validade (criação pelos agentes competente e obediência ao procedimento pertinente).

Deve-se salientar que essa autorização constitucional é determinada com base em critério de validade e não na ordem histórico-cronológica da enunciação dos documentos normativos. De modo que o conteúdo de um texto prescritivo editado antes de 05 de outubro de 1988 poderá ser imposto aos destinatários da própria CRFB/88 com relação aos eventos ocorridos antes ou após seu surgimento (enunciação da CRFB/88).

Por fim, insta frisar que tais significantes jurídicos são encontrados pelo agente competente nos arquivos dos órgãos de imprensa oficial competentes para lhes materializar ou para formular seu conteúdo.

Determinados os documentos normativos cujos enunciados prescritivos (enunciados-enunciados) são passíveis de sofrerem interpretação, cabe ao agente competente prospectar em tais textos os fragmentos lingüísticos cujos sentidos sejam pertinentes à(s) norma(s) jurídica(s) que pretenda criar (S2).

Contudo, o método de escolha de tais enunciados variará conforme a norma jurídica a ser criada seja abstrata ou concreta, não obstante seja ela geral/individual ou de estrutura/ conduta.

Na criação de normas jurídicas abstratas o agente competente seleciona os enunciados prescritivos mediante um juízo de compatibilidade (não-contradição e não-contrariedade) entre a(s) proposição(ões) referente(s) ao(s) enunciado(s) que ele pretende criar e os sentidos atribuídos aos enunciados jurídicos subjacentes à(s) norma(s) jurídica(s) que serão fundamento de validade do produto de tal enunciação.

Já na formulação de normas jurídicas concretas o agente competente realiza dois juízos: (i) um de subsunção entre o evento que lhe é linguisticamente apresentado

⁶³ “Art. 13. A língua portuguesa é o idioma oficial da República Federativa do Brasil”.

e uma classe que ele interpreta de algum enunciado constante nos textos de direito positivo, criando, assim, o fato jurídico; e, (ii) outro de imputação (dever-ser neutro) a tal categoria jurídica de outras prescrições que lhe sejam determinadas como pertinentes pelo direito positivo (sujeito ativo, sujeito passivo, functor modalizado instituidor de direitos e deveres – proibido, permitido ou obrigatório – e objeto), colmatando, assim, a relação jurídica.

Todavia, a identificação de tais enunciados referentes ao(s) fundamento(s) de validade normativa só resta objetivada no documento normativo constituído na criação das normas concretas, haja vista que o método de sua constituição exige o apontamento da premissa maior utilizada na realização de tal “silogismo normativo”. Enquanto que na formulação das normas jurídicas abstratas seu apontamento é pressuposto, caso não sejam descritos na sua enunciação-enunciada.

Diante de tal panorama, considerando-se que a introdução de qualquer norma no sistema jurídico sempre se dá por outra norma jurídica geral e concreta (veículo introdutor), afigura-se importante frisar que, mesmo na atividade de formulação de normas jurídicas abstratas, o agente competente promoverá o mencionado *iter* de criação normativa relativo às unidades jurídicas cuja hipótese relata fato jurídico demarcado no espaço-tempo, qual seja: investidura de competência e obediência do procedimento pertinente.

Em seguida, o agente competente unirá as significações isoladas de acordo com a estrutura normativa (hipotético-condicional) de modo a reger condutas humanas intersubjetivas, produzindo, assim, isoladamente as “unidades completas de sentido para as mensagens deônticas”⁶⁴ do direito positivo: as normas jurídicas (S3).

Nesse compasso, em um quarto momento, empós obter em separado tantas normas jurídicas quantas sua capacidade interpretativa permitir, o agente competente irá organizá-las em relações de subordinação e coordenação segundo, respectivamente, seus fundamentos de validade (enunciação-

⁶⁴ CARVALHO, Curso... , ob. citada, p. 124.

enunciada) e seus conteúdos (enunciado-enunciado), conferindo caráter sistemático ao direito positivo (S4).

1.4.6) Validade da norma jurídica

O significante *validade* designa o critério de pertença de uma norma a um dado ordenamento, segundo “un criterio o un conjunto de criterios de identificación” que esse próprio conjunto normativo estipula⁶⁵.

Em direito positivo, “validade” é adjetivo que indica a existência da norma jurídica frente ao ordenamento jurídico com ao qual se refere, “é a propriedade existencial, quer da norma individual, quer da norma geral ou do sistema total de normas”⁶⁶; se a norma não vale, não é jurídica, não existe para o ordenamento jurídico⁶⁷⁻⁶⁸. Razão pela qual se afirma haver, em sede de direito positivo, sinonímia entre as expressões: *norma jurídica* e *norma válida*, e redundância na fórmula lingüística: *norma jurídica válida*.

Saliente-se que em análise dogmática, como a presente, o critério de validade não pode ser exigido das normas inaugurais de um ordenamento, haja vista que elas compõem o corte metodológico do estudo, tal qual ocorre com as normas jurídicas provenientes dos enunciados originários da CRFB/88.

Nesse íterim, tomando o direito positivo como fenômeno lingüístico, a análise da validade de suas unidades pode ser realizada por cada um daqueles espectros sógnicos: sintático, semântico e pragmático.

⁶⁵ ALCHOURRÓN, Carlos E., e BULYGIN, Eugenio. Introducción a La metodología de las ciencias jurídicas y sociales. 3. reimp. Buenos Aires : Astrea, 1998. p.119.

⁶⁶ VILANOVA. Causalidade ..., ob. citada. p. 12.

⁶⁷ Acerca do tema, Kelsen professa: “Que uma norma prescribente de uma certa conduta não vale, significa: que essa norma não existe. Uma norma válida é um pleonasmo. Uma norma não válida, nula, é um *contradictio in adjeto*”. (KELSEN, Hans. Teoria geral das normas. Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris Editor, 1986. p. 216).

⁶⁸ Sobre a análise da validade por uma perspectiva lingüística vide: MOUSSALLEM, Fontes ..., ob. citada. p. 171/179.

Pelo viés sintático, a constituição de tais normas jurídicas dependerá de os enunciados plasmados nos suportes físicos que lhes são subjacentes (documentos normativos): (1) apresentarem composição frásica apta segundo o vernáculo utilizado (*in casu* o português conforme o art. 13 da CRFB/88), e, (2) serem criados pelos (2.1) agentes indicados como competentes em respeito ao (2.2) procedimento pertinente (subordinação formal).

Pela perspectiva semântica, a validade normativo-jurídica em estudo dependerá de a linguagem do direito positivo: (3) dirigir-se às condutas humanas passíveis de afetação prescritiva: possíveis e não-necessárias, e, (4) guardar compatibilidade de conteúdo com as normas jurídicas que lhe sejam superiores (subordinação material).

Em relação ao tónus pragmático, a validade jurídica depende do aceiteamento por seus destinatários (seus utentes) das prescrições encetadas por dado direito positivo.

Não obstante tal giro analítico da validade jurídica seja estabelecido em caráter filosófico-formal, materialmente é o direito positivo, enquanto linguagem prescritiva, que determina os critérios da constituição de seus elementos.

Desse modo, resta imperioso ressaltar que a CRFB/88 não elege a via pragmática para tanto, considerando apenas a sintática e semântica como determinadoras de validade, avaliando pelo binômio lícito/ilícito (punível ou não) as condutas humanas pelo cumprimento/descumprimento de seus imperativos.

Nesse passo, pode-se afirmar que os requisitos de validade da linguagem deôntica (1 e 3) enunciada no texto da CRFB/88 e nos suportes físicos por ela considerados como documentos normativo-jurídicos são: (i) criação por agente competente (2.1), (ii) obediência ao procedimento determinado (2.2) e (iii) pertinência semântica com as normas que lhe sejam superiores (4).

A validade normativo-jurídica também pode ser avaliada em cada uma das etapas do percurso gerativo de sentido pertinente à linguagem do direito positivo: S1, S2, S3 e S4. Assim, haverá: em S1, validade do texto jurídico; em S2, validade das significações prescritivo-jurídicas isoladas; em S3, validade da norma jurídica

tomada singularmente; e, em S4, validade das relações (combinações) normativo-jurídicas.

Afigura-se imprescindível, ainda, esclarecer ser a validade normativa passível de estudo por duas perspectivas: uma estática e outra dinâmica⁶⁹.

Enquanto pela primeira ótica as normas jurídicas são enfocadas como um conjunto de elementos hierarquizados, no qual deve haver total adequação das normas jurídicas inferiores às superiores no que toca respeito a: competência do agente formulador (agente competente), obediência ao procedimento de formulação estabelecido e a pertinência semântica (coerência) entre seus conteúdos, pela segunda vertente as normas jurídicas são observadas enquanto frutos de atos de vontade de órgão competente, independentemente, de seu conteúdo se coadunar com a orientação postas pelas normas jurídicas que lhes servem de fundamento de validade (normas jurídicas superiores). “(...) Enquanto no sistema estático dá-se ênfase ao enunciado (e as normas jurídicas construídas), no sistema dinâmico a nota característica estaria no ato de enunciação”⁷⁰.

Não obstante tenham pontos de análises diferentes, “(...) antes de se repelirem, as tendências estática e dinâmica se completam”⁷¹, uma vez que o direito positivo, enquanto conjunto de normas passíveis de expansão ou contração, regula estaticamente as manifestações dinâmicas de seus agentes competentes. De modo a prever a denominada “presunção de validade” das normas editadas por agentes competentes e, conjuntamente, estipular mecanismos de controle de juridicidade de tais normas constituídos para reverter as ilicitudes estáticas geradas na dinâmica jurídica, tais quais: controle de constitucionalidade preventivo via Comissões Legislativas de Constitucionalidade ou veto presidencial, ADIN, ação

⁶⁹ Com arrimo em tal distinção, ALCHOURRÓN e BULYGIN diferenciam as idéias de sistema jurídico e ordenamento jurídico, sendo o primeiro referente a análise estática do direito positivo e o segundo à sua ótica dinâmica. (ALCHOURRÓN, Carlos E., e BULYGIN, Eugenio. *Análisis lógico y derecho*. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1991). Vide ainda: MOUSSALLEM, Tarek Moysés. *Revogação em matéria tributária*. São Paulo : Noeses, 2005. Todavia, ademais de pertinente e útil na abordagem do direito positivo, tal dicotomia não será utilizada no presente estudo.

⁷⁰ MOUSSALLEM, *Revogação ob. Citada*. p. 129

⁷¹ MOUSSALEM, *Revogação ..., ob. Citada*. p. 129

declaratória de inexistência de relação jurídica, ação rescisória, recursos, etc. Correção essa que se efetivará através da emissão de um terceiro comando normativo-jurídico⁷².

E, assim ocorre com a validade normativa na seara jurídica. Primeiro, a juridicidade de determinada norma advém do fato dela ter sido ejetada por órgão credenciado pelo sistema jurídico para realizar qualquer formulação normativa, possuindo tal preceito prescritivo condão de produzir os efeitos em seu bojo previstos. Razão pela qual tal norma é jurídica, ainda que constituída em desrespeito ao procedimento pertinente e sem compatibilidade de conteúdo (subordinação material).

Dessa forma, afigura-se imperioso concluir que “o direito positivo não regula sua criação, mas controla, sim, a regularidade das normas produzidas”⁷³.

Todavia, em momento posterior, afigura-se possível verificar se tal confecção normativa pautou-se pelas orientações postas pelo direito positivo para tanto, de forma a se averiguar se ela foi emitida por agente competente, segundo o procedimento previsto e se possui pertinência semântica com as que lhes são superiores, de forma a se emitir nova norma jurídica, seja para atestar o atendimento a tais pressupostos, seja para acusar sua desobediência e revogá-la.

No entanto, tendo em vista a deonticidade imanente a qualquer ordem normativa, considerando que a finalidade do direito positivo é organizar o mundo social, em última análise a estática jurídica regula sua dinâmica, pois que somente por essa ótica pode-se vislumbrar o cumprimento das prescrições veiculadas pelas normas jurídicas. O que importa dizer que a estática é o ponto de partida da dinâmica, pois, a determinação dos requisitos dinâmicos de validade normativa (agentes competentes) ocorre com respaldo em outra(s) norma(s) jurídica(s) que lhes atribuem tal qualificação jurídica.

⁷² Na denominação de Tárek Moysés Moussallem essas normas jurídicas corretivas recebem a denominação de normas de revisão sistêmicas. (MOUSSALLEM, Fontes iii, ob. citada. p. 76/80).

⁷³ MOUSSALEM, Revogação ..., ob. Citada..p.140.

1.4.6.1) Fundamento de validade e hierarquização do direito

A validade jurídica, além de ser adjetivo indicativo da continência de uma norma (elemento) a um direito positivo (conjunto), também é critério determinante da hierarquização desse conjunto normativo, uma vez que a superioridade de uma norma em relação a outra está na determinação pela afirmada superior dos requisitos de aquisição de validade da afirmada inferior, ou, em linguagem *kelseniana*, de uma norma ser fundamento de validade de outra norma⁷⁴.

Acerca do assunto, HANS KELSEN assim se manifesta⁷⁵:

(...) O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma. Uma norma é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior. (...).

Frise-se também que o fundamento de validade pode ser em sentido formal (agente competente e procedimento) e em sentido material (pertinência semântica de conteúdo). “Assim, pode-se dizer em fundamento de validade da enunciação-enunciada e em fundamento de validade do enunciado-enunciado”⁷⁶.

1.4.6.2) Interpretação autêntica

Igualmente presente na obra de HANS KELSEN é a expressão “interpretação autêntica”, que é utilizada por ele para designar o conteúdo de uma norma jurídica (significação) escolhido pelo agente competente dentre aqueles possíveis de serem constituídos a partir de um documento normativo (suporte físico).

Segundo esse autor, o ato de constituição de normas jurídica concretas é fruto da vontade do agente competente que, dentre as significações possíveis de um dado texto de direito positivo (suporte físico) escolhe aquela que entender pertinente:

⁷⁴ Ricardo Guastini classifica a hierarquização normativa em: a) formal, b) material, c) lógica, e, d) axiológica. Vide:

⁷⁵ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. São Paulo : Martins Fontes, 2000. p. 215.

⁷⁶ MOUSSALLEM, Revogação ..., ob. citada. p. 160.

Em todos estes os casos de indeterminação, intencional ou não, do escalão inferior, oferecem-se várias possibilidades à aplicação jurídica. O ato jurídico que efetiva ou executa a norma pode ser conformado por maneira a corresponder a uma ou outras várias significações verbais da mesma norma, por maneira a corresponder à vontade do legislador – a determinar por qualquer forma que seja – ou, então, à expressão por ele escolhida, por forma a corresponder a uma ou a outra das duas normas que se contradizem mutuamente. O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível.⁷⁷

Por esse giro, dentro dessa moldura normativa (*frame* kelseniano⁷⁸), o agente competente escolhe aquela que seu discernimento entende como adequada ao caso que analisa. Por isso, “a interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica”⁷⁹ em relação ao direito positivo, uma vez que “ela cria Direito”⁸⁰.

1.4.7) Vigência e aplicação das normas jurídicas

De outra ordem, além do espectro da validade, a norma jurídica ainda pode ser analisada pelas perspectivas da vigência.

A vigência refere-se à aptidão da norma jurídica para propriamente regular condutas humanas, pois, a norma pode estar no sistema, ser válida/jurídica, mas não ter capacidade para reger o comportamento de seus destinatários (sem vigor), tal qual: aquela cuja *vacatio legis* não expirou ou a proferida pelo Judiciário e atacada por recurso provido de efeito suspensivo.

Deve-se salientar que, dentro do sistema jurídico estudado, afigura-se proibida a retroatividade normativa por conta da prescrição enunciada no inciso XXXVI do art. 5.º da CRFB/88⁸¹. De modo que se infere como corolário lógico da proposição

⁷⁷ KELSEN, Hans. Teoria geral do Direito e do Estado. Trad. João Baptista Machado. 3.ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 390.

⁷⁸ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. *ob. citada*.

⁷⁹ *Idem*, p. 394.

⁸⁰ *Idem*, *Ibidem*.

⁸¹ “Art. 5.º (...): (...) XXXVI – a lei não prejudicará o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. (...)”

atribuída a tal enunciado que a prescrição jurídica que regula um dado fato é aquela que possuía vigência ao tempo da ocorrência do fato.

Diante de tais afirmações podem surgir duas situações em função da sucessão normativa na regulação do contexto social ao qual se referem: 1) a norma jurídica vigente estudada não foi substituída, e, 2) a norma jurídica estudada outrora vigente (N1) foi revogada por outra norma(N2).

No primeiro caso, a norma jurídica continua dotada do atributo da vigência, regulando as condutas humanas as quais se destina.

Já na segunda hipótese a norma jurídica vigente para futura ocorrência da hipótese normativa é N2, permanecendo N1 com vigência para regular as situações ocorridas no período em que esteve vigente; a essa qualidade jurídica TERCIO SAMPAIO FERRAZ nomeia de: vigor⁸².

Assim, enquanto a validade representa a presença sistêmica (existência) da imputação (deôntica) de uma consequência para a verificação de uma hipótese, a vigência é a possibilidade (autorização) de o agente competente aplicar tal consequência mediante verificação da hipótese. Razão pela qual a idéia de vigência pressupõe a de validade.

Ao adquirir vigência, a norma, agora jurídica, torna-se aplicável, passando a poder servir como fundamento de validade de novas normas.

Assim, “aplicar é ato locucionário de dizer algo no jogo do direito positivo”⁸³, constituindo ato de enunciação destinado a produzir tantas normas jurídicas quantas forem necessárias para compelir seus destinatários ao cumprimento das condutas prescritas na norma jurídica aplicada.

Dessa forma, a aplicação de uma norma jurídica é constatada através de outra norma jurídica que lhe tenha como fundamento de validade.

⁸² FERRAZ, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito. 2.^a ed. São Paulo : Atlas, 1994. p.. 202

⁸³ MOUSSALLEM, Revogação..., ob. citada. p. 152.

1.4.8) Classificações das normas jurídicas

Cumprе ressaltar que as normas jurídicas podem ser classificadas por diversos critérios⁸⁴, mas há três que são de maior ocorrência doutrinária e suficientes para o presente estudo: um que pondera pela generalidade do destinatário da norma, outro que pondera pela generalidade da conduta normada e aquele outro que pondera pelo fim imediato dos comportamentos normativamente prescritos.

O primeiro critério classifica as normas jurídicas em *abstratas* e *concretas*. Serão abstratas as normas “universais em relação à ação”⁸⁵ humana componente da hipótese, descrevendo conotativamente notas de um possível acontecimento fático. E, serão concretas àquelas cujo antecedente normativo relatar condutas humanas em dado espaço-tempo denotativamente.

Assim, enquanto a norma jurídica abstrata estipula de forma conotativa as condutas sobre as quais incidirá, entabulando classes de condutas, a norma jurídica concreta o faz de maneira denotativa, na medida em que identifica seu comportamento-objeto por suas características próprias e determinadas.

O segundo critério classifica as normas jurídicas em *gerais* e *individuais*. Serão gerais se destinadas a reger o comportamento de um número indeterminado de pessoas, aquelas “que são universais em relação aos destinatários”⁸⁶. E, serão individuais as que estipulem comportamentos para determinada(s) pessoa(s) ou grupo(s) de pessoas. Portanto, a generalidade ou individuação da norma é averiguada segundo análise da tese/conseqüente da norma jurídica, uma vez que

⁸⁴ Tarek Moysés Moussallem classifica as “unidades jurídicas” de acordo com o plano em que elas se encontrem no percurso gerativo de sentido jurídico: se em S1, S2 ou S3 (MOUSSALLEM. Revogação...ob. citada. p. 109/125). Há também uma classificação empregada por Norberto Bobbio que leva em conta a generalidade da determinação do sujeito ocupante de cada um dos pólos da relação jurídica, sendo coletiva (sujeito universal) ou pessoal (sujeito individual) em relação ao sujeito ativo e geral (sujeito universal) ou individual (sujeito individual) em relação ao sujeito passivo (BOBBIO, Norberto. Contribución la teoria del derecho. Valência : Fernando Torres Editor, 1980. p. 295).

⁸⁵ BOBBIO, Norberto. Teoria da norma jurídica. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti.. São Paulo : EDIPRO, 2001. p. 181.

⁸⁶ Idem. p. 180.

é em tal região da estrutura normativa que estão alocados os sujeitos normativamente vinculados (ativo e passivo).

Já o terceiro critério classifica as normas jurídicas em *normas de estrutura* e *normas de conduta*.

Serão de estruturas as normas jurídicas cujo fim imediato é regular o modo de produção de novas normas, ou seja, destinam-se a prescrever as condutas dos agentes criadores de normas, regulando o ato de enunciação. E, serão de conduta aquelas normas destinadas a propriamente regular as condutas das pessoas de direito quando de suas relações entre si, sem se preocupar com qualquer produção normativa⁸⁷.

Ressalte-se que tais critérios, por atinarem a características diferentes, podem ser empregados concomitantemente. Por isso, uma norma pode ser tida como geral, abstrata e de estrutura como, por exemplo, as normas erigidas a partir do CPC (Lei 5.869/73); geral, abstrata e de conduta, tais quais, as normas construídas a partir do Código Civil; geral, concreta e de conduta, como os veículos introdutores e as proferidas em ADIN e ADC; individual, abstrata e de conduta, como, as normas disciplinadoras de servidão; individual, abstrata e de estrutura, tal qual, as normas constitucionais determinantes da imunidade tributária recíproca da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal; etc.

1.4.9) Norma jurídica veículo introdutor

Insta registrar, ainda, que a entrada de normas no sistema de direito positivo – ou seja, sua juridicização, sua aquisição de validade – sempre está condicionada ao ingresso de uma outra norma jurídica denominada de *norma jurídica veículo introdutor*.

⁸⁷ Tal classificação foi idealizada por Bobbio, portanto, acerca do tema vide: BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. São Paulo : UNB, 1999.

A norma jurídica introdutora é alçada a partir das normas jurídicas reguladoras da produção normativa: prescribentes do agente competente e do procedimento pertinentes para conferir *status* de juridicidade à norma jurídica que ela introduz no ordenamento.

Assim, a estrutura normativa do veículo introdutor é preenchida com conteúdo que indica na hipótese (*h*) a descrição da observância do (i) procedimento pertinente por parte do (ii) agente competente para criar a norma jurídica introduzida ou uma sua fração ($H = i + ii$) e na tese (*c*) a obrigatoriedade geral de se respeitar as orientações postas pelo preceito jurídico introduzido⁸⁸.

Em suma: a norma veículo introdutor resulta da aplicação da norma sobre a produção normativa e é da espécie concreta e geral, construída a partir da leitura da epígrafe e do preâmbulo do documento normativo, responsável por introduzir enunciados prescritivos no sistema.

O seu antecedente é composto por um enunciado protocolar – fato jurídico – que projeta no documento normativo a linguagem constitutiva do agente competente, do espaço, do tempo em que se realizou a sua atividade, bem como deixa indícios (nome da espécie do veículo introdutor) do procedimento utilizado para a confecção do documento. Todos presumidos *iuris tantum*.

O conseqüente é composto de uma relação jurídica modalizada pelo functor obrigatório (O), que prescreve o dever de toda a comunidade observar as regras jurídicas criadas pelo exercício de uma dada competência e de um dado procedimento⁸⁹.

De tal modo, se a norma jurídica veículo introdutor é dotada desse papel transportador, por óbvio que há uma relação de prejudicialidade entre a norma jurídica introdutora e a norma jurídica introduzida, onde essa depende daquela. Assim, se a norma veículo introdutor, pretensamente jurídica, estiver em desconformidade com o sistema jurídico (inválida), inválido será o preceito nela contido, tendo em vista haver sido confeccionado de maneira ilícita.

Entretanto, nem todas as normas componentes do ordenamento jurídico nele ingressam por veículos introdutores, consoante ocorre com os preceitos

⁸⁸ Acerca do tema vide: MOUSSALLEM, Fontes ..., ob. citada.

⁸⁹ MOUSSALLEM, Fontes ..., ob. citada. p. 132.

normativos inauguradores do sistema (norma hipotética-fundamental ou normas constitucionais, conforme o corte metodológico realizado), não obstante sejam produtos de enunciação. A criação de tais normas não é, juridicamente, submetida a quaisquer outras disposições legais, sendo sua criação arbitrária e desvinculada de ditames jurídicos, pois tudo o que logicamente lhes antecede é pré-jurídico ou, para o ordenamento a que se referenciam, não-jurídico. Em verdade são essas normas jurídicas primeiras que definem ou traçam os contornos das normas veículos introdutores, na medida em que entabulam, mesmo que embrionariamente, os agentes competentes e os procedimentos adequados para o ingresso normativo no sistema jurídico.

2) PREMISSAS JURÍDICO-TRIBUTÁRIAS PERTINENTES

2.1) Norma jurídica tributária e seu *ciclo de positivação*

A norma jurídica tributária destingue-se das demais normas jurídicas por conta de a(s) conduta(s) humana(s) por ela regulada(s) se referir(em), direta ou indiretamente, ao recolhimento de tributo⁹⁰, podendo ser classificada em: (i) principal (aquela cujo objeto é o efetivo recolhimento de tributo) e (ii) acessória (aquela atinente à principal no que concerne: à sua informação, fiscalização, punição por descumprimento, modalidade de pagamento e seu adimplemento)⁹¹.

As normas jurídicas tributárias principais, segundo idealização de PAULO DE BARROS CARVALHO⁹², apresentam-se conforme um modelo normativo denominado de *regra-matriz de incidência tributária* (RMIT), que é composto: (i) na hipótese, por critérios material, espacial e temporal, e, (ii) no conseqüente, por critérios pessoal e quantitativo (base de cálculo e alíquota). Nas palavras do referido professor: “A *norma tributária em sentido estrito*, reiteramos, é a que define a incidência fiscal. (...)”.

Na hipótese (*descriptor*), haveremos de encontrar um critério material (comportamento de uma pessoa), condicionado no tempo (critério temporal) e no espaço (critério espacial). Já na conseqüência (*prescriptor*), depararemos com um critério pessoal (sujeito ativo e sujeito passivo) e um critério quantitativo (base de cálculo e alíquota). A conjunção desses dados indicativos nos oferece a possibilidade de exhibir, na sua plenitude, o núcleo lógico-estrutural da norma-padrão de incidência tributária⁹³.

⁹⁰ Entenda-se tributo na acepção do art. 3.º do CTN. Acerca do tema vide: CARVALHO, Paulo de Barros. Teoria da norma tributária.. 4.ª ed. São Paulo : Max Limonad, 2002. p. 86/106.

⁹¹ “Obrigação tributária principal é o vínculo jurídico que, unindo o sujeito ativo (Fazenda Pública) ao sujeito passivo (contribuinte ou responsável), tem por objeto o pagamento de um tributo, isto é, um imposto, uma taxa, uma contribuição ou um empréstimo compulsório, que constituem as quatro espécies do gênero tributo. (...)”

A relação jurídica tributária formal compreende os deveres instrumentais a cargo do sujeito passivo, instituídos por lei, para possibilitar e assegurar o cumprimento da obrigação principal.” (TORRES, Ricardo Lobo. Obrigação tributária. In: Curso de direito tributário brasileiro. Coord. GOMES, Marcus Lívio, ANTONELLI. Leonardo Pietro. São Paulo : Quartier Latin, 2005. p. 331/332).

⁹² CARVALHO. Teoria da norma tributária... ob. citada.

⁹³ CARVALHO, Curso de direito tributário, ob. citada. p. 252/253.

Por essa perspectiva, a norma jurídica tributária apresentará: (i) em sua hipótese a descrição de um (i.1) fato jurídico – *fato impositivo* na lição de Geraldo Ataliba⁹⁴ ou *fato econômico ao qual o Direito empresta relevo jurídico* na literatura de Amílcar Falcão⁹⁵ – demarcado (i.2) no espaço e (i.3) no tempo consoante a legislação pátria; e, (ii) em seu conseqüente a relação jurídica na qual consta, de um lado, o sujeito ativo tributário⁹⁶ juridicamente autorizado a receber (prerrogativa ativa) valores atinentes ao tributo (objeto), e, de outro, o sujeito passivo tributário com o dever de entregar (prerrogativa passiva) ao sujeito ativo quantia pecuniária, sendo denominado de contribuinte ou responsável⁹⁷ consoante seu envolvimento na prática do fato gerador tributário.

Não obstante a prescritividade da(s) regra(s)-matriz(es) de incidência tributária, a efetiva regulação das condutas humanas genérica e abstratamente nela(s) regulada(s) depende de sua aplicação a um caso concreto, constituindo assim dado evento como fato jurídico tributário e sua respectiva relação jurídica individual e concreta.

Entrementes, sendo o cumprimento de normas um ato de vontade do destinatário do dever nela veiculado, o atendimento aos imperativos jurídicos-tributários pode precisar transcender à enunciação da referida norma jurídica tributária concreta “(...) mediante a celebração intercalar e sucessiva de tantas normas quantas forem necessárias até que se chegue, por fim, à que ostenta máximo grau de concretude (...)”⁹⁸ e promova a satisfação do direito arrecadatório do sujeito ativo tributário.

⁹⁴ ATALIBA, Geraldo. Hipótese de incidência tributária. 6.^a ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2001. p. 66/68.

⁹⁵ FALCÃO, Amílcar . Fato gerador da obrigação tributária. 6.^a ed. Rio de Janeiro : Editora Forense, 1995, p. 29.

⁹⁶ Consoante o art. 119 do CTN: “Art. 119. Sujeito passivo da obrigação é a pessoa jurídica de direito público titular da competência para exigir o tributo”.

⁹⁷ Tal distinção encontra-se prescrita no parágrafo único do art. 121 do CTN: “Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento do tributo ou penalidade pecuniária. Parágrafo único: O sujeito passivo da obrigação principal diz-se: I – contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador; II – responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei”.

⁹⁸ CONRADO, Paulo César. Processo tributário. São Paulo : Quartier Latin.2004, p. 54.

Acerca do assunto leciona EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI⁹⁹:

Do exercício da competência impositiva do estado até a execução do crédito, existe um cordão jurídico de normas: a regra-matriz de incidência, as normas correspondentes aos deveres instrumentais, as normas que impõem multas, a norma de competência administrativa que regula o exercício do lançamento tributário, a norma individual e concreta do lançamento, a norma que determina sua exigibilidade, a norma individual e concreta da decisão administrativa, a norma administrativa que regula a inscrição em dívida ativa, a norma individual e concreta em que consiste o título extrajudicial da dívida ativa e, por fim a norma processual que disciplina a execução do crédito.

Tal *processo de concreção do crédito tributário*¹⁰⁰, iniciado com a constituição dos enunciados jurídicos formadores da regra matriz de incidência tributária e finalizado com a formulação de dada norma jurídica individual e concreta que, para alguma das hipóteses dos incisos do art. 156 do CTN¹⁰¹, prescreva a extinção do crédito tributário (*caput* do art. 156 do CTN), é denominado de: *ciclo de positivação*¹⁰²; sendo seu conteúdo *in concreto* dependente das necessidades de constituição normativa para o cumprimento de dada norma jurídica tributária¹⁰³.

Vale ressaltar que, em virtude do dever de legalidade imposto ao sujeito passivo tributário (inciso II do art. 5. e inciso I do art. 150, ambos da CRFB/88¹⁰⁴) as variantes do ciclo de positivação estão todas postas pelo direito positivo.

⁹⁹ SANTI, Eurico Marcos Diniz de. Decadência e prescrição no direito tributário. 2.^a ed. São Paulo : Max Limonad, 1999, p. 211.

¹⁰⁰ TORRES, Ricardo Lobo. Curso de direito financeiro e tributário. 10.^a ed. Ed. Rio de Janeiro : Renovar, 2003, p. 243.

¹⁰¹ “Art. 156. Extinguem o crédito tributário: I - o pagamento; II - a compensação; III - a transação; IV - remissão; V - a prescrição e a decadência; VI - a conversão de depósito em renda; VII - o pagamento antecipado e a homologação do lançamento nos termos do disposto no artigo 150 e seus §§ 1º e 4º; VIII - a consignação em pagamento, nos termos do disposto no § 2º do artigo 164; IX - a decisão administrativa irreformável, assim entendida a definitiva na órbita administrativa, que não mais possa ser objeto de ação anulatória; X - a decisão judicial passada em julgado; XI – a dação em pagamento em bens imóveis, na forma e condições estabelecidas em lei. Parágrafo único. A lei disporá quanto aos efeitos da extinção total ou parcial do crédito sobre a ulterior verificação da irregularidade da sua constituição, observado o disposto nos artigos 144 e 149”.

¹⁰² Tal expressão foi cunhada por Paulo de Barros Carvalho. Acerca do tema vide em sua obra: Curso ..., ob. citada.

¹⁰³ Acerca das variantes processo-judiciais no ciclo de positivação da norma jurídica tributária, ver: PRIA,, Rodrigo Dalla. O processo de positivação da norma jurídica tributária e a fixação da tutela jurisdicional apta a dirimir os conflitos havidos entre contribuinte e fisco. In: Processo tributário analítico. Coord. Paulo César Conrado. São Paulo : Dialética, 2003, p. 51/70.

¹⁰⁴ “Art. 5.º (...)II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; (...).”.

2.2) Crédito tributário: constituição definitiva, exigibilidade, exeqüibilidade e extinção

Não obstante o enunciado do art. 139 do CTN¹⁰⁵, considerar-se-á crédito tributário o “direito subjetivo que o sujeito ativo tem de exigir a prestação”¹⁰⁶ constante nas relações jurídicas tributárias, principais e acessórias, que dentro do *ciclo de positivação* da norma jurídica tributária é constituído por meio do lançamento (norma jurídica tributária principal individual e concreta).

Após sua constituição, o crédito tributário adquire *exigibilidade*: obrigatoriedade de sua satisfação mediante o cumprimento do dever de pagar o tributo pelo sujeito passivo, o que permite ao sujeito ativo tributário fazer avançar o ciclo de positivação em sede administrativa para que seja alcançado o pagamento.

Na dicção do art. 174 do CTN¹⁰⁷, tal qualidade adere ao crédito tributário em razão de sua *constituição definitiva*¹⁰⁸, que se perfará no dia seguinte: (i) ao término do prazo de oferecimento de impugnação administrativa quando não for ela apresentada, ou, (ii) à ciência da decisão administrativa final, no caso de haver sido apresentada impugnação ao lançamento ou recurso(s) contra a(s) decisão(ões) administrativas que o confirmou.

Assim, em virtude da enunciação fiscal da ocorrência de uma das duas hipóteses descritas no parágrafo anterior, formar-se-á norma jurídica tributária acessória individual e concreta que confere vigência à norma jurídica tributária principal,

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça; (...)”.

¹⁰⁵ “Art. 139. O crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta”.

¹⁰⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. Lançamento por homologação – decadência e pedido de restituição. in Repertório IOB de jurisprudência. 1ª quinzena de fevereiro de 1997, n.º 3/97. Caderno 1, p. 77/82.

¹⁰⁷ “Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em 5 (cinco) anos, contados da data da sua constituição definitiva. Parágrafo único. (...)”.

¹⁰⁸ “Portanto, no caput do art. 174 do CTN, há de se entender constituição definitiva do crédito tributário como o momento da constituição do ato-norma, seja aquele administrativo efetuado pelo agente público competente, seja o ato-norma editado pelo particular. (...)”. (SANTI, Decadência... ob. citada. p. 217).

obrigando ao sujeito ativo percorrer as demais variantes do ciclo de positivação até a extinção da relação jurídica tributária pertinente.

Contudo, no caso de a decisão administrativa acatar as razões impugnadoras expostas pelo sujeito passivo, haverá introjeção do direito positivo de norma jurídica individual e concreta que retirará a validade da norma jurídica tributária principal.

A exigibilidade do crédito tributário, consoante determinado no art. 146, III, *b*, da CRFB/88¹⁰⁹, pode ser suspensa por hipóteses prescritas em legislação complementar federal, o que atualmente é realizado pelo art. 151 do CTN¹¹⁰, que, por sua vez, foi integrado ao sistema jurídico atual com tal *status* normativo.

Outro atributo adquirido pelo crédito tributário é a exeqüibilidade: aptidão para ser executado judicialmente.

Tal característica lhe é incorporada quando ele é *inscrito* (enunciado) em livro de Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e suas autarquias, consoante o art. 585, VI, da Lei n.º 5.869/73 (Código de Processo Civil¹¹¹). Assim, dentro do ciclo de positivação, a exeqüibilidade do crédito tributário se perfaz após a *constituição definitiva* da norma jurídica tributária que o prescreve¹¹² mediante a formulação de norma jurídica que traz na hipótese o seu tombamento no livro fiscal pertinente e como sua consequência o direito do sujeito ativo tributário cobrá-lo judicialmente do sujeito passivo.

¹⁰⁹ “Art. 146. Cabe à lei complementar: (...) III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: (...) b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários; (...)”.

¹¹⁰ “Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário: I – moratória; II – o depósito de seu montante integral; III – as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo; IV – a concessão de medida liminar em mandado de segurança; V – a concessão de medida liminar ou tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial; VI – o parcelamento. Parágrafo único. O disposto nesse artigo não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela consequentes”.

¹¹¹ “Art. 585. São títulos executivos extrajudiciais: (...) VI – a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, Estados, Distrito Federal, Território e Município, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei; (...)”.

¹¹² Por isso, pode-se afirmar que a exigibilidade é condição necessária da exeqüibilidade.

Insta frisar que, mesmo após solicitado judicialmente o cumprimento de dado crédito tributário – efetivada sua exeqüibilidade –, pode sua exigibilidade ser suspensa ante a configuração das hipóteses dos incisos do art. 151 do CTN¹¹³. O que implicará na suspensão da etapa judicial de cobrança de seu ciclo de positivação: suspensão da exeqüibilidade.

Já a extinção do crédito tributário, bem como da relação jurídica que lhe contém, é consequência normativa que, também por conta do art. 146, III, *b*, da CRFB/88, só pode ser prescrita por legislação complementar federal, estando suas hipóteses constantes do art. 151 do CTN. Portanto, a norma jurídica que enuncia tal extinção é o *termo final* do ciclo de positivação da norma jurídica tributária que contém dado crédito tributário¹¹⁴, podendo ser formulada tanto em sede administrativa quanto em sede jurisdicional.

2.3) Certidão negativa de débito tributário, Certidão positiva de débito tributário e Certidão positiva de débito tributário com efeitos de negativa

Com arrimo no art. 5.º, XXXIV, *b*, da CRFB/BB¹¹⁵ resta assegurado a todos os sujeitos de direitos sob a égide de tal diploma normativo a obtenção de certidões públicas acerca de sua situação perante os órgãos emissores.

Dessa forma, a *certidão fiscal* enquanto documento público enquadra-se dentro da estrutura normativa como objeto jurídico cujo fornecimento é dever de seu emissor e direito de seu requerente, tendo como hipóteses aquelas enunciadas nos arts.

¹¹³ “Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário: I – moratória; II – o depósito de seu montante integral; III – as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo; IV – a concessão de medida liminar em mandado de segurança; V – a concessão de medida liminar ou tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial; VI – o parcelamento. Parágrafo único. O disposto nesse artigo não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela consequentes”.

¹¹⁴ Acerca da extinção da relação jurídica tributária, vide: CONRADO, Paulo César. Processualidade e extinção da obrigação tributária. In: Processo tributário analítico. Ob. citada. p. 43/50.

¹¹⁵ “Art. 5.º. (...) XXXIV – são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) (...); b) a obtenção de certidões em repartições públicas em defesa de direitos e esclarecimento pessoal;”

205 (certidão negativa e, conseqüentemente, certidão positiva) e 206 (certidão positiva de débito tributário com efeitos de negativa) do CTN.

Nessa toada, conforme o momento do ciclo de posituação da norma jurídica tributária principal em que seja feita a solicitação de tal documento e a existência ou não de outra(s) norma(s) jurídica(s) referente(s) a ela, poderá qualquer sujeito de direitos obter perante um seu virtual ou efetivo sujeito ativo tributário: a) certidão negativa de débitos tributários (CNDT) até antes da *constituição definitiva* de dado crédito tributário (art. 205 do CTN¹¹⁶); b) certidão positiva de débito tributário (CPDT) após a *constituição definitiva* do crédito tributário até a suspensão de sua exigibilidade (art. 151 do CTN¹¹⁷) ou até a realização de penhora em execução fiscal (art. 206 do CTN); e, c) certidão positiva de débitos tributários com efeitos de negativa (CPDTCN) quando o crédito tributário *definitivo* estiver: (i) não vencido, (ii) com exigibilidade suspensa, ou, (iii) “em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora “ (art. 206 do CTN).

¹¹⁶ “Art. 205. A lei poderá exigir que a prova da quitação de determinado tributo, quando exigível, seja feita por certidão negativa, expedida à vista de requerimento do interessado, que contenha todas as informações necessárias à identificação de sua pessoa, domicílio fiscal e ramo de negócio ou atividade e indique o período a que se refere o pedido. Parágrafo único. A certidão negativa será sempre expedida nos termos em que tenha sido requerida e será fornecida dentro de 10 (dez) dias da data da entrada do requerimento na repartição”.

¹¹⁷ Cabe ressaltar que os incisos V e VI do art.151 (prescritores de *suspensão da exigibilidade* do crédito tributário por concessão de *liminar*) podem servir de fundamento de validade para evitar a constituição da NJT (influindo no plano da validade normativa), ao invés de suspender a exigibilidade de uma NJT constituída (retirando-lhe a vigência). Isso ocorre nas situações em que o sujeito passivo tributário requer ao Judiciário tutela inibitória acerca da constituição de um virtual crédito tributário (NJT).

3) PREMISSAS JURÍDICO-PROCESSUAIS PERTINENTES

3.1) Processo: definição do conceito e limitação do objeto

No presente estudo atribui-se ao suporte físico *processo*¹¹⁸, enquanto fenômeno jurídico, a significação de: relação jurídica¹¹⁹ desenvolvida de acordo com um procedimento; motivo pelo qual tal enlace jurídico é adjetivado de processual.

Interligados em uma realidade só, que é o processo, nem o procedimento nem a relação jurídica processual tem vida própria. Fora desse contexto, inexistem. A dinâmica da caminhada processual, mediante a qual se passa de uma situação jurídica a um ato, de um ato a outra situação jurídica e assim sucessivamente até que o processo termine, tornar impossível captar com clareza e isolar acontecimentos que sejam inerentes ao procedimento com exclusividade, os que só digam respeito à relação processual e os que seriam do processo como um todo. (...) ¹²⁰

Entrementes, dentre as atividades processuais de formulação normativa prescritas pela CRFB/88, interessa aqui aquela tradicionalmente denominada de *jurisdicional*: típica dos órgãos do Judiciário (art. 92 da CRFB/88) e cumpridora do dever, apto a gerar coisa julgada, de formular imparcialmente normas jurídicas concretas cujo exercício se dá de forma substitutiva e quando provocado¹²¹.

¹¹⁸ Consoante atesta Paulo César Conrado: “A análise dos enunciados contidos em dois diplomas legislativos fundamentais para o desenvolvimento do presente estudo – a Constituição Federal e o Código de Processo Civil – revela a presença do vocábulo “processo” duzentas e cinquenta de duas vezes. Isso, evidentemente, sem se considerar o tato de oportunidades mais se tomássemos, por exemplo, o Código Tributário Nacional ou a Lei n.º 6.830/80 – diplomas em que aparece outras trinta e três vezes”. (CONRADO, Paulo César. *Processo Tributário*. ob. citada. p. 17).

¹¹⁹ A visualização da relação jurídica processual como fenômeno jurídico independente das relações jurídicas de direito material surge na Ciência-do-direito com a publicação da obra de Oscar von Bülow cuja tradução para o espanhol é intitulada: *Teoría de los presupuestos procesales y de las excepciones procesales*, Buenos Aires : E.J.E.A., 1968. Outra obra científica fundamental acerca do tema é: WACH, Adolf. *La pretension de declaracion*. trad. Juan M. Semon. Buenos Aires : E.J.E.A., 1962.

¹²⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. vol. II. 3.ª ed. São Paulo : Malheiros, 2003. p. 31.

¹²¹ Diz-se típica ao Judiciário o dever jurisdicional porquanto haver no direito positivo nacional órgãos não-Judiciários a quem é atribuído mesma obrigação normativa, v. g.: ao Senado pelo artigo 52, I e II da CRFB/88; à Câmara dos Deputados e ao Senado pelos parágrafos 2.º e 3.º do art. 53 e art. 86, ambos da CRFB/88, (bem como aquelas formuladas pelos Legislativos estaduais, distritais e municipais em situações análogas; e, ao árbitro pelas normas advindas da Lei 9.307/96 (Lei de arbitragem).

Portanto, não compõem o objeto do presente estudo as normas jurídicas de estrutura que regulam as atividades do Judiciário que culminam com a edição de normas jurídicas concretas destinadas para o próprio órgão jurisdicional (administrativos) ou com norma jurídica abstrata (legislativos).

Nessa toada, na maioria das vezes a relação jurídica processual jurisdicional se apresenta composta (i) por um sujeito que primeiramente requer a formulação de dada norma jurídica concreta (autor), (ii) pelo representante do órgão jurisdicional a quem tal pleito é dirigido e (iii) por um sujeito que o autor pretende ver incluído na relação jurídica contida na norma jurídica concreta cuja formulação ele pleiteia (réu) – seja como sujeito ativo ou passivo –; sendo tal vínculo jurídico assim simbolizado: A–J–R.

Mister ressaltar que, em consonância com as premissas postas, a compreensão desse modo da relação jurídica processual jurisdicional (A–J–R) corresponde ao produto da visualização conjunta de uma relação jurídica entre autor e juiz (A–J), relação jurídica processual jurisdicional 1: RJPJ1) e de outra entre réu e juiz (R–J, relação jurídica processual jurisdicional 2: RJPJ2), podendo-se afirmar ser A–J–R a relação jurídica processual jurisdicional completa (RJPJC). Assim, $A-J-R = A-J + R-J$ ou $RJPJC = RJPJ1 + RJPJ2$.

Acerca desse aspecto da relação jurídica processual, leciona LOURIVAL VILANOVA¹²²:

(...) Esta é uma relação composta de duas relações processuais, eficácia de dois fatos jurídicos (atos-jurídicos processuais): o exercício do direito de ação e o exercício do direito de contradição. Termo comum dessa dúplice relação processual é o órgão jurisdicional.(...)

As duas relações lineares, reunidas em um ponto – o órgão jurisdicional – perfazem a *angularidade da relação jurídico-processual*. (...)

Isso porque dentro no conseqüente normativo não há lugar para uma terceira categoria de sujeitos tal qual sugere o modelo que adota a relação jurídica processual jurisdicional (A–J–R) como relação jurídica simples: na qual autor, juiz e réu compõem único vínculo jurídico, uma vez que a estrutura da relação jurídica

¹²² Vilanova, Causalidade ..., ob. citada. p. 189/190.

contempla apenas a existência de um sujeito a quem se atribui um direito (ativo) e de outro titular do dever correspondente (passivo).

Por esse veio, na *aparicação* da relação jurídica processual jurisdicional tem-se, em primeiro plano, a formulação de uma norma jurídica que possui como **hipótese** a alegação por um dado sujeito (autor) de ameaça ou violação a um seu direito (art. 5.º, XXXV da CRFB/88¹²³) e como **consequência** uma relação jurídica em que o titular de tal alegação ocupa o pólo ativo e é dotado do direito de receber a formulação de uma norma jurídica concreta do Judiciário-jurisdicional – sujeito passivo titular do dever de formulação normativa –, seja ela eminentemente processual/estrutura (veículo introdutor ou a decisão processual em si) ou de direito material/condução (mérito), conforme sejam ou não preenchidos os requisitos legais para tanto (pressupostos processuais e condições da ação).

Em átimo logicamente posterior, mas em decorrência do mesmo fato jurídico (recebimento de pedido de formulação normativa), por determinação do inciso LV do art. 5.º da CRFB/88¹²⁴, ao ser recebida pelo órgão jurisdicional a solicitação normativo-concreta do autor: formação da RJPJ1 ou A–J (**hipótese**), deve o órgão jurisdicional permitir ao sujeito apontado como réu a apresentação de suas contra-argumentações de formulação normativa relativas à demanda na qual foi incluído pelo autor (**consequência**), constituído relação jurídica que lhe apresenta como sujeito ativo e o representante do Judiciário-jurisdicional como sujeito passivo.

Assim, pode-se concluir com PAULO CÉSAR CONADO¹²⁵ que:

da combinação de duas relações processuais lineares – a relação entre autor e juiz e a relação entre juiz e réu – ter-se-á a relação processual caracterizada pela idéia de angularidade, o que implica dizer que toda atividade processual dos sujeitos parciais converge ao Estado-juiz, cuja atividade dirigir-se-á, por seu turno e de ordinário, àqueles sujeitos.

Entrementes, em outras situações, a relação jurídica processual jurisdicional é colmatada com uma relação jurídica (simples), apresentando apenas o(s) sujeito(s) requerente(s) da formulação de dada norma jurídica concreta e o

¹²³ “Art. 5.º. (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; (...)”.

¹²⁴ “Art. 5.º. (...) LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (...)”.

¹²⁵ CONRADO, Paulo César. Processo Tributário. ob. citada. p. 42.

representante do órgão jurisdicional (A–J), tal qual na hipótese do art. 285-A do CPC¹²⁶, e, v. g., nas demandas destinadas à: emissão de alvará, dissolução consensual de sociedade conjugal, determinação de ausência, etc (tradicionalmente denominadas de *jurisdição voluntária*).

Contudo, o cumprimento do dever jurisdicional em ambas as formas da relação jurídica processual jurisdicional não pode ser alcançado de qualquer maneira, sendo pautado por um conjunto de normas jurídicas (de estrutura) que disciplinam a conduta do agente jurisdicional perante os demais sujeitos do processo (partes e terceiros)¹²⁷, eis o *procedimento*.

In concreto o procedimento a ser seguido pelo agente jurisdicional será determinado com base na finalidade para a qual se solicita a formulação jurisdicional de norma jurídica (tutela jurisdicional pretendida) – o que acaba servindo de classificação para sua atividade normativa como um todo: o processo –, podendo ser rotulado como: (i) de conhecimento ou acerto, quando se pretende obter norma jurídica tão-somente para regular eventos ou fatos jurídicos; (ii) de execução, quando se visa a formulação de norma jurídica que determine a extinção da norma jurídica executada ante o cumprimento de seu dever; e, (iii) cautelar ou de urgência, quando se aspira unidade prescritiva que assegure o cumprimento das normas jurídicas formuladas ou a serem formuladas em sede cognitiva e executória.

Por esse viés, o procedimento jurisdicional, enquanto fenômeno jurídico, eclode com a formulação da norma jurídica concreta que instaura a relação jurídica

¹²⁶ “Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.” Interessante notar que em tal caso, não obstante haja relação jurídica processual entre juiz e autor, será constituída a norma jurídica de conduta (sentença de mérito) entre o sujeito que se apresenta como autor e aquele que é apontado como réu. Sujeito este que, por sua vez, ingressará na relação jurídica processual com sua intimação da sentença: ato processual que consubstancia a RJPC2, originando a RJPJC.

¹²⁷ Na lição de Cândido Rangel Dinamarco: “Partes são os sujeitos da relação processual, ou os sujeitos do contraditório instituído perante o juiz (Liebman). Dizem-se interessados porque ali estão sempre em defesa de alguma pretensão própria ou alheia, em preparação para receberem os efeitos do provimento final do processo”. (DINAMARCO. Cândido Rangel. Instituições ... ob. citada. vol II. p. 246). Acerca do tema vide: BUENO. Cássio Scarpinella. Partes e terceiros no processo civil brasileiro. São Paulo : Saraiva, 2003.

processual jurisdicional – cuja hipótese é a apresentação do pedido pelo autor à dado órgão jurisdicional – e culmina com outra que prescreve a impossibilidade de alteração da norma jurídica concreta em última instância formulada pelo Judiciário como resposta a tal pleito – de conduta ou de estrutura (respectivamente, coisa julgada formal ou material) –, sendo, portanto, composto por uma relação jurídica principal (RJPJ) e por inúmeras outras auxiliares. Assim, “no conjunto, o processo é uma série ordenada de relações [jurídicas]”¹²⁸ organizadas a fim de que se promova a enunciação-normativa jurisdicional (tutela jurisdicional).

No escólio de MARCELO ABELHA RODRIGUES¹²⁹:

Como foi dito, o processo é uma relação jurídica, mas não uma relação estática. Bem pelo contrário, o processo é uma relação jurídica em constante movimento, que se desenvolve de modo seqüencial, progressivo, cujo principal objetivo é a entrega da tutela jurisdicional. (...).

3.2) Finalidade do processo e dever de devido processo legal

Dentro da definição do conceito de *processo jurisdicional* adotada resta evidenciada a finalidade desse fenômeno jurídico: formular imparcialmente normas jurídicas concretas para evitar ou reparar o descumprimento de normas jurídicas materiais/conduta¹³⁰.

¹²⁸ VILANOVA, Causalidade..., ob. citada. p. 189.

¹²⁹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Elementos de direito processual civil. vol. I. 3.^a ed. São Paulo : RT, 2003. p. 270.

¹³⁰ Sem dúvida que a promoção desse escopo processual é de perspectiva jurídico-dogmática, consentânea com o método elegido para o presente trabalho. Entrementes, sua opção não inviabiliza a consecução dos denominados escopos sociais e políticos do processo relevados por Cândido Rangel Dinamarco (Instrumentalidade do processo. 7.^a ed. São Paulo : Malheiros Editores, 1999), uma vez que tais objetivos compõem a ideologia veiculada pelo direito positivo inaugurado pela CRFB/88.

Nesse sentido, Luiz Flávio Yarshell: “Procede, entretanto, a idéia de que os escopos sociais e políticos da jurisdição estão diretamente atrelados ao escopo jurídico (atuação da vontade concreta do direito objetivo), e deste são consequência, visto que incumbe precipuamente ao direito material (não contudo exclusivamente à lei) a tarefa de estabelecer a fórmula para eliminação dos conflitos; ao atuá-lo, via jurisdição, o Estado estará promovendo a pacificação com justiça e reafirmando sua própria autoridade”. (YARSHELL, Flávio Luiz. Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade. São Paulo : Malheiros Editores, 1993. p. 17).

Nas palavras de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO¹³¹:

As normas processuais entram em operação quando algum sujeito, lamentando ao Estado-juiz um estado de coisas que lhe desagrade e pedindo-lhe uma solução favorável mediante invocação do direito material, provoca a instauração do processo. A realização do processo, como atividade conjunta de ao menos três sujeitos (juiz, autor e réu), constitui objeto das normas de direito processual.

De acordo com esse panorama, soa conclusivo que as normas jurídicas processuais jurisdicionais são componentes do ciclo de positivação das normas jurídicas materiais.

Conforme a lição de RODRIGO DALLA PRIA¹³²:

O processo judicial acaba perfazendo, assim, uma espécie de hiato no processo de positivação do direito, sendo, ao mesmo tempo, parte integrante deste. Com finalidade precípua de resolver o conflito havido no âmbito substancial, a atividade jurisdicional resultará na expedição de uma norma individual e concreta que “retornará” ao processo de positivação do direito material.

Esse *telos*, ademais de ínsito à própria concepção epistemológica das normas jurídicas de estrutura – enquanto reguladoras das condutas humanas produtoras de novas normas jurídicas –, tem seu alcance juridicamente modulado como obrigatório por estar contido na faceta processual¹³³ do enunciado constitucional do devido processo legal, sendo, por isso, positivado como valor jurídico¹³⁴.

¹³¹ DINAMARCO. Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. vol. I. São Paulo : Malheiros Editores, 2001. p. 41.

¹³² PRIA, Rodrigo Dalla. Ob. citada. p. 54.

¹³³ “O princípio do devido processo legal, no âmbito processual, significa a garantia concedida à parte processual para utilizar-se da plenitude dos meios jurídicos existentes. Seu conteúdo identifica-se com a exigência de ‘paridade total de condições com o Estado persecutor e plenitude de defesa’. Na realidade, a paridade de ‘armas’ tem como destinatário não apenas o Estado, mas também a parte contrária. É em realidade, o próprio contraditório.

A plenitude da defesa, referida no conceito de devido processo legal, significa o direito à defesa técnica, à publicação da decisão, à citação, à produção ampla de provas, ao juiz natural, aos recursos legais e constitucionais, à decisão final imutável, à revisão criminal, ao duplo grau de jurisdição.

Já o devido processo legal aplicado ao âmbito material diz respeito à necessidade de observar o critério da proporcionalidade, resguardando a vida, a liberdade e a propriedade.” (TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 5.ª ed. São Paulo : Saraiva, 2007. p. 648)

¹³⁴ Acerca da repercussão axiológica do deôntico: “(...) Diferentemente, a conduta de um indivíduo que corresponde a uma norma, que é tal como a norma determina, ou seja, como segundo a norma, deve ser, tem um valor positivo, e uma conduta que é contrária à norma, que não é como a norma determina, isto é, como, segundo a norma, deveria ser, tem um valor negativo, um desvalor. (...)”.(KELSEN, Hans. O problema da justiça. Trad. João Baptista Machado. São Paulo : Martins Fontes. 1998. p. 12/13.).

Enunciado no inciso LIV do art. 5.º da CRFB/88¹³⁵, o *devido processo legal* consubstancia-se em prescrição jurídica garantidora de que a criação de qualquer norma jurídica será realizada de acordo com as demais prescrições jurídicas que lhe sejam fundamento de validade, que, na mais alta sede constitucional, são sintentizadas pelo trinômio axiológico: vida, liberdade e propriedade¹³⁶; encetando relação jurídica obrigacional entre os agentes competentes normativos e os demais sujeitos sob a égide do direito positivo pátrio nesse sentido.

Tal prescrição geral do devido processo legal terá seu conteúdo especificado conforme seja enfocada pela competência de seu agente-normativo destinatário: se formulador de normas jurídicas abstratas ou concretas; sendo denominado, respectivamente: *devido processo legal substancial/material* e *devido processo legal formal/processual*, compreendendo cada uma dessas vertentes a um conjunto de prescrições derivadas e contidas naquela prescrição mais ampla¹³⁷.

No primeiro caso, o devido processo legal (substancial ou material) compreende à obrigatoriedade dos agentes competentes formularem normas jurídicas abstratas de modo a nelas plasmarem conteúdos suficientes para assegurar o alcance ou perpetuação dos valores juridicamente prescritos como devidos pelo direito positivo, tais quais: república, federação, democracia, dignidade humana, trabalho, iniciativa privada, justiça, igualdade, etc.

Já em seu espectro processual, o devido processo legal obriga aos respectivos agentes normativos à formular normas jurídicas concretas mediante a assegurar de todos os direitos processuais conferidos aos destinatários da norma cuja produção se pretende (v. g.: julgador e promotor natural, contraditório, vedação à provas ilícitas, isonomia processual), tanto em sede jurisdicional quanto em contexto administrativo, configurando-se, assim, como a condensação de

¹³⁵ “Art. 5.º. (...) LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; (...)”

¹³⁶ Acerca do tema devido processo legal, vide doutrinariamente: NERY Jr. Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 3.ª ed. São Paulo : RT, 1996; SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal*, 3.ª ed. Belo Horizonte : Del Rey. 2001.

¹³⁷ Conferir: STF, ADIn n.º 1.511-7/DF.

todos os direitos processuais pertinentes ao ordenamento jurídico firmado pela CRFB/88¹³⁸.

O desdobramento do *devido processo legal processual*, especificamente em relação aos órgãos jurisdicionais, apresenta em sede infraconstitucional prescrições determinantes da aplicação das normas jurídicas de estrutura com atenção à norma jurídica de conduta pleiteada, obrigando os agentes normativos dessa categoria a privilegiar o alcance do resultado de direito material a ser alcançado em detrimento ao cumprimento das formalidades jurídicas postas para tanto, por exemplo: a instrumentalidade das formas (arts. 154, 244 e 250 do CPC)¹³⁹, o poder geral de cautela (art. 798 do CPC)¹⁴⁰, a fungibilidade das tutelas de urgência¹⁴¹ (§ 7.º do art. 273 do CPC)¹⁴², a fungibilidade de forma recursal nos casos de dúvida objetiva e ausência de erro grosseiro e a nova modalidade de execução de sentença (arts. 475-I/475-R do CPC)¹⁴³ em detrimento de processo

¹³⁸ Conferir: STF, RE 158215/RS, Rel. Min. Marco Aurélio Mello, Segunda Turma, DJ 07/06/1996.

¹³⁹ “Art. 154. Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada, senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preencherem a finalidade essencial”.

“Art. 244. Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade”.

“Art. 250. O erro de forma no processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo praticar-se os que forem necessários, a fim de se observarem, quando possível, as prescrições legais. Parágrafo único. Dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados desde que não resultem prejuízo à defesa”.

¹⁴⁰ “Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”

¹⁴¹ “Os provimentos antecipatórios urgentes são cabíveis em qualquer forma de tutela e podem antecipar totalmente os efeitos da tutela final. Essas circunstâncias confere à instrumentalidade, característica fundamental das cautelares, conotação pouco diversa daquela atribuída tradicionalmente a essa modalidade de tutela, se analisadas as medidas meramente conservativas.

Aliás, exatamente em razão desse fator, passou a doutrina a pensar em outra categoria de proteção jurisdicional – a tutela de urgência – destinada a abranger todas as medidas necessárias a evitar risco de dano ao direito. Caracterizam-se não pela sumariedade da cognição, circunstância também presente em tutelas não cautelares, mas pelo periculum in mora. Analisa-se a situação substancial e verifica-se a necessidade de proteção imediata, em sede cautelar, ante a impossibilidade de se aguardar o tempo necessário para a entrega da tutela final”.(BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência. 4.ª ed. São Paulo : Malheiros, 2006. p. 161/162).

¹⁴² “Art. 273. (...). § 7.º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”.

¹⁴³ Por conta da extensão dos artigos referidos deixa-se de transcrevê-los.

autônomo. Situações jurídico-processuais essas nas quais se privilegia a efetiva tutela do direito material postulado em juízo em detrimento do estrito atendimento das formalidades processual.

Afigura-se mister ressaltar que a consecução da finalidade do processo depende, em um primeiro momento, da compreensão de tal desiderato pelo agente legislativo ejetor das prescrições estruturais, que deverá constituir normas jurídicas processuais jurisdicionais abstratas indicativas desse norte.

Somente após o atendimento desse *imediato fim processual* depende do agente jurisdicional, que, de dentro das lícitas possibilidades interpretativas dos enunciados prescritivos pertinentes ao caso que lhe é apresentado¹⁴⁴, deverá formular as normas jurídicas processuais mais consentâneas com a norma jurídica material cuja formulação lhe foi pleiteada¹⁴⁵.

Por esse veio, o processo jurisdicional passa a ser encarado como “predisposição ordenada de meios destinada a obter certos resultados”¹⁴⁶, cujo fim é a tutela¹⁴⁷ do

¹⁴⁴ Acerca da moldura de possibilidades interpretativas de um texto jurídico, o frame kelseniano, vide: KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 6.^a ed. São Paulo : Martins Fontes, 2000. p.338.

¹⁴⁵ Nessa linha de raciocínio: “Para o processo, as garantias constitucionais cumprem o mister de conduzir o pensamento do usuário (seja enquanto sujeito dos interesses, juiz, advogado ou auxiliar da justiça), na direção de uma constante preocupação em adequar seus instrumentos à essa nova finalidade: fazer do processo um instrumento para a realização do elenco de garantias constitucionais.

Propugnamos por uma radical mudança de perspectiva: o conteúdo dos dispositivos da Constituição de 1988, referentes ao processo, não se presta à definição das garantias constitucionais do processo. Na verdade, dos ditames do Código Maior, referentes ao cidadão e à coletividade organizada, alguns deles são reservados para encontrarem o seu habitat natural em uma dada relação processual. Não se trata, pois, de cercar o processo de um sem número de garantias esculpidas na Constituição; ao contrário, estarão o processo e seu usuário a serviço daquelas mesmas garantias, devendo ser manuseado com a lembrança de que, nele e através dele, serão concretizadas algumas das mais importantes conquistas do cidadão e da coletividade”. (SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. A defesa no processo civil: exceções substanciais no processo de conhecimento. 2.^a ed. Belo Horizonte : Del Rey, 1997. p. 44/45)

¹⁴⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instrumentalidade do processo. 7.^a ed. São Paulo : Malheiros Editores, 1999. p.224.

¹⁴⁷ “A noção de tutela, conforme se colhe na doutrina, pode dizer respeito, amplamente, as regras de conduta que compõem um ordenamento (‘direito objetivo’), visto que ele deve encontrar atuação nos fatos, proporcionando a passagem do abstrato para o concreto, do dever ser para o ser. Em sentido mais restrito, a mesma expressão pode referir-se a situações jurídicas de vantagens, que devem ser garantidas conforme critérios adotados pelo ordenamento. Contudo, na linguagem mais comum, entende-se por tutela de direitos a defesa do direito diante de sua violação (ou ameaça de violação). Trata-se de conceito intimamente relacionado com a própria efetividade do ordenamento jurídico e seu exame condiz necessariamente à reflexão acerca dos meios de tutela predispostos pelo sistema, para as hipóteses de violação.

direito material – promovida através tanto do procedimento (meios) quanto do provimento processual (resultado)¹⁴⁸ –, seja por conta da concepção epistemológica das normas jurídicas que lhe compõem ou seja por determinação ideológica contida nas próprias normas jurídicas de estrutura estudadas, cabendo seu atendimento tanto ao legislador quanto ao magistrado.

Nessa linha, pode-se declarar com PAULO CÉSAR CONRADO¹⁴⁹ que: “(...) jurisdição é função que encontra no direito material sua origem e fim: é exercida a partir da afirmação de um conflito que ao direito material incomoda; no direito material projeta seu resultado”.

Entrementes, a obrigatoriedade da consideração da finalidade das normas jurídicas na sua aplicação pelos órgãos jurisdicionais é produto jurídico-positivo, consubstanciando-se em critério residual de juridicização de eventos, uma vez que obriga a tais agentes normativos, por força de uma norma jurídica N2, considerar lícito um fenômeno que inicialmente não o era segundo uma norma jurídica N1.

Assim, a concepção epistemológica das normas jurídicas de estrutura não serve de fundamento de validade para suplantiar uma determinada *prescrição processual*, de modo que tal *instrumentalidade* somente pode ser aplicada nos casos autorizados pelo direito positivo e dentro dos limites normativos por ele postos.

Por tanto, a tutela de direitos é fenômeno situado originariamente no plano substancial do ordenamento. Pode ela ocorrer dentro ou fora do processo, isto é, mediante intervenção estatal – pelo exercício da jurisdição, ou não. Daí falar-se, nessa segunda hipótese, em tutela jurisdicional dos direitos, isto é, tutela de direitos mediante o exercício da jurisdição”. (YARSHELL, Flávio Luiz. Tutela jurisdicional. São Paulo : Editora Atlas, 1999. p. 29).

¹⁴⁸ “Não parece incorreto, contudo, admitir maior abrangência da examinada locução – tutela jurisdicional – para com ela designar não apenas o resultado do processo, mas igualmente os meios ordenados e predispostos à obtenção desse mesmo resultado. A tutela, então, pode também ser divisada no próprio instrumento, nos atos que o compõem e bem ainda nos ‘princípios’, ‘regramentos’ ou ‘garantias’ que lhe são inerentes.

Com efeito, quando a doutrina fala, por exemplo, de uma tutela jurisdicional diferenciada, não cogita apenas do resultado substancial a ser proporcionado ao titular de uma posição jurídica de vantagem, mas também de meios predispostos a consecução desse resultado. Assim, embora nesse contexto o resultado se revista de peculiaridades e características ditadas pelos meios ordenados a sai consecução, e também para esses últimos que se atribui o qualificativo diferenciado”. (YARSHELL, Flávio Luiz. Tutela jurisdicional. São Paulo : Editora Atlas, 1999. p. 30/31).

¹⁴⁹ CONRADO, Paulo César. ‘Efetividade’ do processo, segurança jurídica e tutela jurisdicional diferenciada, in: Revista do Tribunal Regional Federal da 3. Região, vol. 76, mar/abr. São Paulo : Thompson IOB, 2006. p. 47.

3.3) Dever de isonomia e dever jurisdicional

Os aspectos do dever de isonomia pertinentes ao presente estudo são: seu conteúdo e sua aplicação aos e pelos órgãos jurisdicionais. Por isso, adverte-se que a extensão e a profundidade de sua abordagem serão pautadas por esses limites e de acordo com a necessidade de resolução do problema posto.

A norma jurídica entabuladora da isonomia é inferida do enunciado prescritivo do art. 5.º da CRFB/88:

Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade privada, nos termos seguintes: (...).

O sentido de tal enunciado determina como dever dos agentes competentes constituídos pela CRFB/88 a formulação de normas jurídicas apenas com arrimo nas distinções autorizadas por esse plexo normativo¹⁵⁰, e, consequentemente, o correlato direito dos sujeitos destinatários de exigir tal conduta.

Importante salientar que se deve repudiar um entendimento formal sobre a isonomia, considerando-a como necessidade de mera distribuição equivalente de direitos e deveres aos sujeitos sob a égide da CRFB/88, de forma que todos eles possuam as mesmas prerrogativas jurídicas ativas e passivas.

A concepção hodierna de tal determinação constitucional é de cunho material, referente à desconfiguração jurídica de desigualdades sociais apresentada pelos destinatários do direito positivo em análise, determinando a criação de normas jurídicas tendentes a minizar ou anular as diferenças apontadas por esse plexo

¹⁵⁰ Saliente-se como metodologicamente equivocado o entendimento de ser a demarcação do conceito de isonomia delegada ao legislador infraconstitucional, tal qual se cogita, entre outros, acerca do conceito de renda (vide: GONÇALVES, José Artur Lima. Imposto sobre a renda: pressupostos constitucionais. São Paulo : Malheiros, 1997. p. 170/211), na medida em que tais verbetes constam enunciados no Texto supremo e não há qualquer autorização constitucional para tanto. De modo que o sentido pertinente aos signos constantes na CRFB/88 deve ser extraídos desse documento normativo – o que em última análise é determinado autenticamente pelo STF –, sendo ilógico e inválido arrimar tal postura na premissa epistemológico-jurídica da presunção de validade das normas jurídicas.

normativo como indesejáveis – principalmente, as econômicas, muito embora hajam outras (raça, sexo, credo, posição política, etc) ¹⁵¹.

Acerca do tema, manifesta-se CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO¹⁵²:

O princípio da igualdade interdita tratamento desuniforme às pessoas. Sem embargo, consoante se observou, o próprio da lei, sua função precípua, reside exara e precisamente em dispensar tratamentos desiguais. Isto é, as normas legais nada mais fazem que discriminar situações, à moda que as pessoas compreendidas em umas ou em outras vêm a ser colhidas por regimes diferentes. Donde, a algumas são deferidos determinados direitos e obrigações que não assistem a outras, por abrigadas em diversa categorias, regulada por diferente plexo de obrigações e direitos.

Não é demais explicitar que a isonomia deve ser considerada coordenadamente com as demais normas jurídicas constitucionais, que, por conta da amplitude de sua incidência e por serem de mesma hierarquia, estipulam mutuamente limites e diretrizes para sua aplicação, apresentando relações entre si tais quais as travadas pelos *mandados de otimização* de Alexy¹⁵³.

Pelo exposto, conclui-se que o sentido atribuído ao enunciado do art. 5.º da CRFB/88 determina “garantia de condições idênticas asseguradas ao sujeito de direito em igualdade de condições com outro”¹⁵⁴ e, conseqüentemente, tratamento jurídico distinto à sujeitos que estejam em situações diferentes consoante a conjuntura em que sejam considerados.

¹⁵¹ “É necessário distinguir de modo mais preciso a igualdade perante a lei da igualdade de direito, da igualdade nos direitos (ou dos direitos, segundo as diversas formulações) da igualdade jurídica. A expressão igualdade de direito é usada em contraposição à igualdade de fato, correspondendo quase sempre à contraposição entre igualdade de formal e igualdade substancial ou material, sobre a qual voltaremos a seguir (cf., adiante, o item 10). A igualdade nos direitos (ou dos direitos) significa mais do que a simples igualdade perante a lei enquanto exclusão de qualquer discriminação não justificada: significa o igual gozo, por parte dos cidadãos, de alguns direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, como resulta de algumas formulações célebres: Os homens nascem e permanecem livres e iguais nos direitos (Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, 1789); Todos os homens nascem livre e iguais em dignidade e direitos (Declaração Universal dos Direitos do Homem, 1948). (...)”. (BOBBIO, Norberto. Igualdade e liberdade. trad. Carlos Nelson Coutinho. 5.ª ed. Rio de Janeiro : 2002, p. 29).

¹⁵² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3.ª ed. São Paulo : Malheiros, 1999. p. 12/13.

¹⁵³ A expressão mandados de otimização é uma característica atribuída por Alexy aos princípios jurídicos, em contraposição às regras jurídicas, designadora da possibilidade de atendimento gradativo de uma prescrição mediante sua contextualização em dado caso concreto. (ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid : Centro de estudios constitucionales. 1999. p. 86/87).

¹⁵⁴ Voto do Min. Eros Roberto Grau na ADI 3.305-1/DF, julgamento 13/09/2006, publicação DJ 24/11/2006.

Por outro giro, inobstante a simplicidade do conteúdo do dever de isonomia, o mesmo não se afigura em relação à sua aplicação, uma vez que nem todas as diferenças de seus destinatários são aptas a permitir a promoção da equiparação jurídica por ele genericamente determinada.

Nesse particular, calham perfeitamente as palavras de HANS KELSEN ¹⁵⁵:

A igualdade dos sujeitos na ordenação jurídica, garantida pela Constituição, não significa que estes devam ser tratados de maneira idêntica nas normas e em particular nas leis expedidas com base na Constituição. A igualdade assim entendida não é concebível: seria absurdo impor a todos os indivíduos exatamente as mesmas obrigações ou lhes conferir exatamente os mesmos direitos sem fazer distinção alguma entre eles, como, por exemplo, entre crianças e adultos, indivíduos mentalmente sadios e alienados, homens e mulheres.

Em verdade, consoante teoria de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, como “qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou situações, pode ser escolhido pela lei como fator discriminatório”¹⁵⁶, a validade – estática – de uma qualquer equiparação promovida pelo direito positivo não se averigua somente pelo (i) critério com base no qual se erige, mas também: (ii) pela generalidade e abstração da prescrição isonômica, (iii) pela correlação abstrata entre o elemento de descrímen e o regime jurídico a ele atribuído, e, (iv) pela pertinência semântica do valor tutelado aos demais juridicamente entebulados¹⁵⁷.

Já no que tange aos sujeitos titulares do dever de promoção da isonomia, deve-se frisar que em tal grupo alocam-se todos os agentes competentes constituídos pelo ordenamento jurídico em apreço, tanto os formuladores das normas jurídicas abstratas quanto os das concretas¹⁵⁸.

Aos formuladores de normas jurídicas abstratas a isonomia imputa a obrigação de constituir, de acordo com suas competências, normas jurídicas suficientes para,

¹⁵⁵ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. tradução francesa da 2.^a edição alemã, por CH. Eysenmann, Prais, Dalloz, 1962, p. 190, citado por MELLO, Celso Antônio Bandeira de. ob. citada. p.11.

¹⁵⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. p.17.

¹⁵⁷ Vide: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3.^a ed. São Paulo : Malheiros, 1999. p.21 e seguintes.

¹⁵⁸ “O preceito magno da igualdade, como já tem sido assinalado, é norma voltada quer para o aplicador da lei quer para o próprio legislador. Deveras, não só perante a norma posta se nivelam os indivíduos, mas, a própria edição dela assujeita-se ao dever de dispensar tratamento equânime às pessoas”. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3.^a ed. São Paulo : Malheiros, 1999. p.09).

mediante a distribuição diferenciada de direitos e deveres, promover a igualdade material dos sujeitos tutelados em consonância com o arquétipo ideológico instaurado pela CRFB/88.

Já em relação aos formuladores de normas jurídicas concretas o dever de isonomia veda-lhes a realização de distinções não autorizadas pelo direito positivo quando do cumprimento de seu dever normativo.

Exclusivamente em relação aos agentes jurisdicionais, o dever de isonomia colmata-se mais especificamente, obrigando tais órgãos a: (i) avaliarem as prescrições jurídicas abstratas sob o espectro do dever constitucional de isonomia quando as aplicarem a casos concretos, e, (ii) se entenderem pela insuficiência do critério infraconstitucional: (ii.1) retirarem sua aplicabilidade no caso analisado, (ii.2) alocarem na hipótese de incidência de uma norma jurídica abstratas situações concretas semelhantes à descrita na sua hipótese, mas, que, *prima facie*, não constem como direta e expressamente nela contempladas¹⁵⁹, ou, (ii.3) estenderem a consequência tal prescrição a um grupo de pessoas inicialmente não atingido.

A possibilidade jurídica dessa *interpretação jurisdicional in concreto* decorre da própria competência dos órgãos dessa estirpe, que, ao exercerem seu dever normativo, devem avaliar a constitucionalidade ou não das normas jurídicas infraconstitucionais correspondentes aos eventos levados a sua apreciação (arts. 480/482 do CPC), fiscalizando, assim, a pertinência semântica de tais unidades jurídicas aos enunciados normativos advindos de seu fundamento de validade mor: a CRFB/88.

Por esse viés, o resultado desse controle de constitucionalidade (difuso) importa, *in concreto*, na aplicação da prescrição infraconstitucional em caso de compatibilidade ou em sua inaplicabilidade em caso de incompatibilidade.

Todavia, tal inaplicabilidade pode ser total ou parcial, de modo a se afastar *in totum* a aplicação da prescrição infraconstitucional ou combinar alguns de seus

¹⁵⁹ Esse item aplica-se somente aos órgãos judiciais porquanto os administrativos estarem adstritos à legalidade estrita.

dados ou interpretação(ções) com outros advindos da prescrição constitucional-paradigma, aproveitando aqueles que sejam válidos na formulação de norma jurídica concreta.

Dessa feita, ou o órgão jurisdicional afasta a aplicação de dada prescrição jurídica abstrata por entendê-la não-isonômica ou ajusta o âmbito de incidência (i) de sua hipótese ou (ii) de seus destinatários, de forma a conferir-lhe tónus consagrador da igualdade jurídica constitucionalmente enunciada.

Assim, o influxo jurisdicional da isonomia deve ser entendido em consonância com o fato de serem os órgãos jurisdicionais os *intérpretes autênticos* do direito positivo em estudo, uma vez que qualquer *aparente alargamento interpretativo* nada mais é do que ato jurídico de delimitação do conteúdo da prescrição abstrata fundamento de validade da norma jurídica concreta formulada, configurando-se como o corte metodológico do percurso gerativo de sentido normativo realizado por esses agentes normativos.

Portanto, ao se considerar que a utilização da isonomia pelos órgãos jurisdicionais ocorre mediante a aplicação de um valor derivado de determinada norma abstrata à sujeitos ou eventos que, *prima facie*, não sejam alvo de tal prescrição, afigura-se forçoso concluir que a interpretação extensiva, a analogia e a equidade são técnicas jurídicas de realização do dever de isonomia, na medida em que permitem a promoção de igualdade de tratamento prescrita constitucionalmente a eventos ou sujeitos semelhantes por conta de os vincular, em sua interseção, a uma mesma regulamentação jurídica.

Insta ressaltar que essa constituição normativa isonômica deve ocorrer em relação a todas as prescrições jurídica, sejam elas de caráter material (de conduta) ou de cunho processual (estrutura).

Nesse estofo, o dever de promoção da isonomia imputa aos agentes jurisdicionais a obrigação de formularem concretamente normas jurídicas processuais aptas a oportunizar aos sujeitos titulares de normas jurídicas com idêntico fundamento de validade (mesma situação de direito material ou processual) o acesso aos mesmos efeitos jurídicos (materiais ou processuais).

3.4) Garantia judicial na legislação processual civil (não-penal e não-trabalhista)

Em relação às normas jurídicas de estruturas jurisdicionais cíveis: não-penais e não-trabalhistas, a expressão *garantia judicial* deve ser entendida como todo bem jurídico (material ou imaterial) cujo direito de disposição resta transferido a tais órgãos – bem como sua posse direta – a fim de assegurar o cumprimento de um dever, processual ou material, do sujeito que a presta ou de outrem.

Portanto, é fenômeno processual de caráter cautelar que pode ser constituído incidental ou autonomamente (como mérito) e, por não transferir a titularidade jurídica do seu bem-objeto, *per se*, não equivale ao adimplemento do dever garantido, por isso, não evita nem elide seu inadimplemento.

Nessa toada, não se pode confundir a *garantia judicial* com aquelas garantias expressamente prescritas em normas jurídicas de conduta determinadoras de caução legal ou negocial cuja efetivação é solicitada a dado órgão jurisdicional pelo procedimento cautelar específico dos arts. 826/838 do Livro III do CPC, uma vez que sua constituição, não obstante determinadas por agente jurisdicional, transfere o direito de disposição do objeto depositado para o sujeito determinado por norma jurídica abstrata (legislação) ou concreta (contrato), possuindo caráter satisfativo e não o cautelar das *garantias judiciais* ora estudadas.

Em termos gerais, a cadeia normativo-processual que envolve as garantias judiciais pode ser dividida em quatro momentos, relativos à(s): (i) hipótese(s) de constituição, (ii) constituição, (iii) consequência(s) da constituição, e, (iv) extinção. E, em termos amplos:

- (i) se inicia com norma jurídica que em virtude de dada hipótese (hipótese ensejadora de formação de garantia – HG) prescreve relação jurídica que contém: no pólo ativo (a) o direito de um sujeito exigir a apresentação de um bem como garantia judicial para o cumprimento de uma norma jurídica principal (NJP) ou (b)

o direito de oferecê-lo para tal fim¹⁶⁰, e, no pólo passivo o dever do órgão jurisdicional apreciar a validade dessa solicitação ou oferta;

- (ii) avança com outra que, ante (a) a pertinência do pleito de constituição da garantia ou (b) a suficiência garantidora do bem, prescreve relação jurídica processual garantidora (RJPG) do cumprimento da norma jurídica principal (NJP) que apresenta: no pólo ativo o direito jurisdicional de restringir a disponibilidade do bem para sua posterior e eventual alienação a fim de satisfazer o direito garantido, e, no pólo passivo o dever de seu proprietário de se submeter a tal expropriação – é nesse momento jurídico em que o bem apresentado em juízo se transforma em *garantia judicial*: objeto da relação contida no conseqüente da norma jurídica garantidora (NJG) –; e,

¹⁶⁰ Em (a) a garantia é espontânea e em (b) forçada. Acerca do tema: “Também pode ser considerada espontânea ou forçada levando-se aqui em conta a necessidade ou não de ordem judicial que imponha sua prestação. Espontânea à caução prestada pelo obrigado independentemente de constrição judicial, como aquela que ocorre com o usufrutuário que imediatamente atende ao pedido do dono da coisa, tornando-se forçada quando o proprietário tenha de socorrer-se do juízo para a realização do seu direito de garantia (CC, art. 729, CCN art. 1.400).

A caução forçada, por sua vez, pode ser incidental ou autônoma, sendo a primeira resultado de imposição acessória adotada no curso de qualquer processo (caução na execução provisória, exigência para a concessão de liminar cautelar etc); e a segunda constituindo-se no objeto de um processo próprio.

Pedido autônomo de caução dará ensejo a um processo cautelar genuíno ou se esgotará em si mesmo, de modo que pode ser considerada a existência de uma caução forçada autônoma cautelar e de uma caução forçada autônoma satisfativa. Na primeira hipótese, a instrumentalidade da caução encontra-se vinculada a uma pretensão deduzida ou a ser deduzida no processo principal, cujo resultado prático, para sua eventual efetivação, depende da implementação urgente da garantia; na segundo, o direito do autor restringe-se à efetivação da garantia, mormente porque sua eventual eficácia encontra-se vinculada a um evento futuro e incerto (inadimplência de obrigação cuja existência e extensão independem de acerto jurisdicional).

O procedimento disciplinado nos arts. 826 a 838 aplica-se aos pedidos de caução forçada autônoma satisfativa, porquanto pressupõe que o pedido seja formulado por quem esteja obrigado a prestar (art. 829) ou em favor de quem deva ser prestada a caução (Art. 830), de modo que o objeto do processo resume-se à realização ou não do alegado direito de garantia. Assim, a ação principal não se trata de condicionante da eficácia da caução enquanto objeto de ação autônoma, porquanto aquela se afigura possível, mas não indeclinável, como, por exemplo, na caução por dano infecto, porquanto obtida esta, o beneficiário pode restar-se satisfeito, sem a necessidade de ingressar com ação demolitória ou outra para obrigar seu vizinho a reparar o prédio em vias de ruína. Assim também na caução usufrutuária, em que a recusa do usufrutuário a prestar caução resolve-se na obtenção da garantia, não se cogitando de qualquer ação principal.

Já a medida relacionada à caução forçada autônoma cautelar tem como base o poder geral de cautela do juiz (Art. 798), sendo a caução um dos exemplos expressos em lei (art. 799). Segue o procedimento cautelar comum, dando ensejo a um processo cautelar genuíno, de sorte que fica sujeito aos dispositivos constantes nos arts. 796 a 813 do CPC”.(DE PAULA. Paulo Afonso Garrido. Código de processo civil comentado. Coord. Antônio Carlos Marcato, 2.^a ed. São Paulo : Atlas, 2005. p. 2348/2348).

- (iii) prossegue com unidade jurídica que, para a constituição da *garantia judicial* (NJG), prescreve o direito do sujeito garantidor gozar dos direitos processuais e materiais pertinentes ao dever cujo cumprimento garantiu e o correspondente dever do titular do direito garantido e dos demais órgãos jurídicos (jurisdicionais e não-jurisdicionais) cumprirem os deveres referentes à realização da garantia; e,
- (iv) culmina com norma que: (iv.1) devolve o direito de disposição do bem para seu proprietário em virtude do cumprimento da NJP, (iv.2) transfere a propriedade do bem para outrem em troca de valores suficientes para satisfazer a indenização decorrente do descumprimento da NJP (expropriação), ou, (iv.3) transmite a propriedade do bem para o sujeito ativo da NJP garantida para satisfazer a indenização decorrente do descumprimento da NJP (adjudicação de bem não-financeiro ou levantamento de dinheiro).

Diante desse panorama, verifica-se que ao final do ciclo de positivação máximo-possível das garantias judiciais está a transferência judicial de seu bem-objeto, ou seja, em termos processuais, sua *execução* para o cumprimento da NJP.

Isso implica na obrigatoriedade de se aplicar subsidiariamente as prescrições jurídicas disciplinadoras da atividade normativa jurisdicional-executiva às determinações específicas das garantias judiciais, na medida em que o cumprimento do desiderato normativo objetivado pela formação de tais asseguarações processuais (resguardo da satisfação da NJP), em última análise, passa por procedimento executivo, incidental ou autônomo.

Nesse sentido, por exemplo, o STJ equipara arresto à penhora em relação ao concurso de credores (RMS 23822/RJ e Resp 759700), dando a tal garantia judicial o mesmo tratamento daquele fenômeno executivo.

Firme no cenário apresentado, mister tecer comentários isolados sobre cada um de seus instantes.

3.4.1) Hipóteses de constituição

A cadeia genericamente descrita se concretizará de acordo com as especificidades de cada hipótese de formação de garantia judicial (HG) – item (i) –, que podem ser divididas com base no sujeito que pleiteia/ordena sua formação: (i.1) ora pelo titular de um direito a ser satisfeito (garantidor) ou por seu representante judicial por legitimidade extraordinária: RJ; (i.2) ora pelo titular de um dever a ser cumprido (garantidor) ou por seu representante judicial por legitimidade extraordinária: RJ; (i.3) ora pelo próprio órgão jurisdicional a quem será prestada; ou, (i.4) ora por terceiro (garantidor).

Entrementes, cumpre ressaltar que, não obstante as HsG possam ser divididas segundo o critério suso mencionado, há um dado do direito positivo estudado que tanto traça uma HG capaz de abarcar todas as demais doravante especificadas quanto permite a constituição de outras não prescritas especificamente. Tal o faz a conjunção dos enunciados dos arts. 798 e 799 do CPC¹⁶¹.

Segundo se infere da combinação de tais dispositivos, é permitido aos sujeitos processuais interessados pleitearem a formação de garantia judicial sempre que haja a necessidade de se acautelar um direito apresentado em juízo.

Dessa maneira, a par das situações peculiares prescritas como HG pelas normas jurídicas abstratas, o direito positivo em análise cria igualmente em abstrato uma *HG residual e complementar* às demais, que, ante à subsidiariedade do documento normativo no qual está enunciada (CPC) em relação aos outros textos de direito positivo que regulam as condutas dos órgãos jurisdicionais, resta apta a transformar em fato jurídico ensejador de garantia judicial qualquer evento lesivo ou ameaçador à satisfação de um direito tratado em sede jurisdicional.

¹⁶¹ “Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”.

“Art. 799. No caso do artigo anterior, poderá o juiz, para evitar o dano, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução”.

3.4.1.1) Pelo titular do direito a ser garantido

As situações em que o sujeito ativo de uma NJP ou seu RJ podem solicitar judicialmente a formação de garantia para a satisfação de um direito (i.1) variam conforme a posição ocupada por eles na relação jurídica processual jurisdicional completa (RJPJC: A–J–R): (i.1.A) se autor (sujeito ativo de RJPJ1: A–J) ou (i.1.R) se réu (sujeito ativo de RJPJ2: R–J).

3.4.1.1.1) Como autor

Quando um sujeito vai a juízo na condição de autor (sujeito ativo de RJPJ1: A–J) (i.1.A) alegando ser sujeito ativo de uma NJP ou o RJ dele, as hipóteses em que pode solicitar a formação de garantia judicial referem-se:

(i.1.A.1) à asseguuração do adimplemento da NJP solicitada como medida de urgência autônoma ou incidental (antecipação de tutela), de forma a requerer ao Judiciário-jurisdicional a suficiente constrição patrimonial do titular do dever correspondente quando restar configurada a possibilidade do não-cumprimento da NJP – intencional ou não –;

(i.1.A.2) à concessão de medida de urgência incidental – antecipatória ou cautelar – em seu favor (introdutora de norma jurídica de conduta concreta da qual seja sujeito ativo o sujeito ativo da NJP ou seu RJ);

(i.1.A.3) à substituição de medida de urgência – antecipatória ou cautelar (autônoma ou incidental) – concedida em seu favor (introdutora de norma jurídica de conduta concreta da qual seja sujeito ativo o sujeito ativo da NJP ou seu RJ);

(i.1.A.4) ao cumprimento de norma jurídica concreta formulada pelo órgão jurisdicional em atendimento ao pleito condenatório do autor (sujeito ativo da RJPJ1);

- (i.1.A.5) à satisfação do direito de receber indenização alimentar por ato ilícito;
- (i.1.A.6) ao avanço, em procedimento executivo no qual seja sujeito ativo da RJPJ1 (exeqüente), do ciclo de posituação da NJP para expropriar o sujeito ativo da RJPJ2 (executado) quando (1ª) este houver conseguido suspender o desenvolvimento de tal feito ou (2ª) estiver sendo submetido à execução provisória, (3ª) bem como para ser imitado na posse da coisa caso haja a apresentação de embargos por benfeitoria;
- (i.1.A.7) à substituição ou reforço de garantia prestada pela parte contrária em procedimento executivo no qual seja exeqüente;
- (i.1.A.8) à arrematação em processo executivo do qual seja sujeito ativo da RJPJ1 (exeqüente);
- (i.1.A.9) ao pagamento de custas e virtuais honorários advocatícios do sujeito ativo da RJPJ2 (réu) quando o sujeito ativo da NJP for sujeito ativo da RJPJ1 (autor) e residir fora do Brasil ou dele se ausentar quando da propositura de demanda ou durante seu transcurso;
- (i.1.A.10) à possibilidade de se tornar depositário de um bem dado em garantia judicial;
- (i.1.A.11) à asseguaração de recebimento de quinhão apurado com as devidas colações;
- (i.1.A.12) à possibilidade de o herdeiro chamado a prestar colação receber seu quinhão caso controverta o recebimento dos bens ou seu valor; ou,
- (i.1.A.13) à possibilidade de o herdeiro ser imitado na posse de bens do ausente durante a sucessão provisória.

As solicitações de formação de garantia judicial referentes ao primeiro tópico (i.1.A.1) podem acontecer (i.1.A.1.a) antes ou (i.1.A.1.d) depois da ocorrência do fato jurídico imputador de vigência à NJP: o vencimento da obrigação nela condita, conforme seja averiguada postura, respectivamente, (i.1.A.1a) periclitante ou (i.1.A.1.d) efetivamente reticente do devedor em satisfazê-la.

Sua apresentação ao órgão jurisdicional pelo sujeito ativo da NJP ou por seu RJ, como autores (sujeito ativo da RJPJ1), poderá ocorrer como medida de urgência incidental a um dado procedimento (art. 273, *caput* e §7.º, do CPC) ou como medida de urgência autônoma pelo procedimento pertinente às características do fato jurídico concreto a ser normativizado, dentre os seguintes¹⁶²: cautelar inominado (art. 798/812 do CPC), de arresto (arts. 813/821 do CPC), de seqüestro (arts. 822/825 do CPC), de caução (arts. 826/838 do CPC), de busca e apreensão (arts. 839/842 do CPC), ou, cautelar fiscal da Lei n.º 8.397/92 especificamente para o sujeito ativo tributário.

Deve-se salientar que a solicitação de formação de *caução* pelo procedimento entabulado nos arts. 826/838 do CPC por um sujeito que alegue ser titular de um direito também cabe a quem seja sujeito ativo de relação jurídica que contenha um direito material nesse sentido (prestação de caução).

Todavia, em tais situações o bem objeto da *caução* não se configura como *garantia judicial* porque a transformação em garantia deriva de aplicação de prescrição de norma jurídica de conduta (direito material) que não foi formalizada, e, sua constituição não autorizará a disposição do bem que lhe seja objeto pelo órgão jurisdicional, mas, apenas determinará sua entrega ao devido depositário. Assim, tem-se lá: caução legal ou negocial, cá: *caução processual* – garantia judicial –, ambas pleiteáveis pelo mesmo procedimento¹⁶³.

Afigura-se importante ressaltar, ainda, que o pleito de busca e apreensão deduzido em juízo pelo sujeito ativo de relação jurídica garantida por alienação fiduciária (NJP) ou por seu RJ (sujeitos ativos da RJPJ1: autores) nos moldes do Decreto-Lei n.º 911/1969 não integra a hipótese de formação de garantia judicial ora analisada, uma vez que, por força do § 1.º do art. 3.º de tal documento normativo¹⁶⁴, o ato jurisdicional que constitui norma jurídica concreta nesse

¹⁶² Em virtude da quantidade de artigos deixa-se de transcrevê-los.

¹⁶³ “Qualquer que seja a natureza da pretensão de caucionar, o procedimento será o mesmo, insto é, o dos arts. 830 a 834. (...)”. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo cautelar. 23.ª ed. São Paulo : Leud, 2006. p. 274).

¹⁶⁴ “Art. 3.º. (...)§ 1º Cinco dias após executada a liminar mencionada no caput, consolidar-se-ão a propriedade e a posse plena e exclusiva do bem no patrimônio do credor fiduciário, cabendo às

sentido transfere a posse direta do bem-objeto diretamente para o alienante demandante (autor), consubstanciando-se em execução da caução negocial pertinente em virtude do não-cumprimento do contrato firmado.

Já a segunda hipótese (i.1.A.2) está genericamente prescrita nos arts. 273, *caput* e § 7.º, 798, 799 e 804¹⁶⁵, todos do CPC, e autoriza ao sujeito ativo de uma NJP ou seu RJ, na condição processual de autores (sujeito ativo da RJPJ1), solicitarem a formação de garantia judicial sobre um bem por eles apresentado com o intuito de que lhes seja concedida medida de urgência incidental ou autônoma, assegurando, assim, o ressarcimento do sujeito passivo da NJP por possíveis prejuízos advindos da cassação ou não-confirmação (revogação) de tal decisão. É caso específico dessa hipótese o depósito que autoriza a concessão de antecipação de tutela para imitar provisoriamente na posse o expropriante (art. 15 do Decreto-Lei n.º 3.365/41¹⁶⁶).

Assim, a situação de i.1.A.2 encerra formação de uma garantia judicial solicitada pelo autor (sujeito ativo RJPJ1) para que seja expedida determinação jurisdicional de formação de nova garantia judicial a ser prestada por outrem como conteúdo de uma das medida de urgência mencionadas no item i.1.A.1. Daí se falar em cautela aqui (i.1.A.1) e em contra-cautela lá (i.1.A.2).

Igualmente sob essa rubrica estão as hipóteses em que o sujeito ativo da NJP ou seu RJ podem requerer a formação de garantia judicial para a concessão de arresto (inciso II do art. 816 do CPC¹⁶⁷) ou de seqüestro (art. 826 do CPC¹⁶⁸).

repartições competentes, quando for o caso, expedir novo certificado de registro de propriedade em nome do credor, ou de terceiro por ele indicado, livre do ônus da propriedade fiduciária”.

¹⁶⁵ “Art. 804. É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz; caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer”.

¹⁶⁶ “Art. 15. Se o expropriante alegar urgência e depositar quantia arbitrada de conformidade com o art. 685 do Código de Processo Civil, o juiz mandará imití-lo provisoriamente na posse dos bens”.

¹⁶⁷ “Art. 816. O juiz concederá o arresto independentemente de justificação prévia: (...) II - II - se o credor prestar caução (art. 804)”.

¹⁶⁸ “Art. 826. A caução pode ser real ou fidejussória”.

Também como situação específica de tal HG tem-se o depósito em dinheiro para suspensão da exigibilidade do crédito tributário a que se refere o art. 38 da Lei n.º 6.830/80¹⁶⁹ combinado com o art. 151, II, do CTN.

O caso referido no terceiro item (i.1.A.3) está entabulado nos arts. 798, 799 e 805¹⁷⁰, todos do CPC, e permite ao sujeito ativo da NJP ou ao seu RJ pedirem ao órgão jurisdicional, como autores (sujeito ativo da RJPJ1), que ao réu (sujeito passivo da NJP ou seu RJ) seja determinada a prestação de garantia judicial em substituição à medida de urgência concedida em seu favor (do autor) – revogação da norma jurídica introduzida pela medida de urgência em função de formulação de outra norma jurídica que atenda os mesmos fins –, porquanto tal troca ser mais eficaz na proteção do direito cuja satisfação é ou será perseguida em juízo.

Em i.1.A.4 a HG será a edição de sentença condenatória (introdutora de norma jurídica concreta pleiteada pelo sujeito ativo da RJPJ1: autor), que por conta do art. 466 do CPC¹⁷¹, perfaz-se em título constitutivo de hipoteca (judiciária), conferindo ao autor o direito de solicitar ao órgão jurisdicional competente a determinação de gravação de bens suficientes para garantir o cumprimento de tal decisão.

O caso expresso no tópico i.1.A.5, refere-se à HG enunciada no art. 475-Q, *caput*, do CPC¹⁷², segundo o qual resta conferido ao titular do direito de receber indenização de caráter alimentar em decorrência de ato ilícito (sujeito ativo da NJP) ou a seu RJ, enquanto sujeitos ativos da execução da sentença que introduziu tal norma concreta, requerer a formação de garantia judicial para o

¹⁶⁹ “Art. 38 - A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição do indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos”.

¹⁷⁰ Art. 805. A medida cautelar poderá ser substituída, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pela prestação de caução ou outra garantia menos gravosa para o requerido, sempre que adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente”.

¹⁷¹ “Art. 466. A sentença que condenar o réu no pagamento de uma prestação, consistente em dinheiro ou em coisa, valerá como título constitutivo de hipoteca judiciária, cuja inscrição será ordenada pelo juiz na forma prescrita na Lei de Registros Públicos”.

¹⁷² “Art. 475-Q. Quando a indenização por ato ilícito incluir prestação de alimentos, o juiz, quanto a esta parte, poderá ordenar ao devedor constituição de capital, cuja renda assegure o pagamento do valor mensal da pensão”.

cumprimento da NJP, mediante a formação de capital cujo rendimento seja suficiente para quitar as prestações mensais devidas.

Pelo até então exposto, a configuração dos casos relacionados nos itens i.1.A.2, i.1.A.3, i.1.A.4, i.1.A.5 se consubstanciarão em demandas apresentadas pelo sujeito ativo da NJP ou por seu RJ em que seja formulado pleito cognitivo de cumprimento da NJP (condenatórias) ou naquelas que lhes sejam acautelatórias.

Já no que se refere ao sexto item i.1.A.6, as suas duas primeiras hipóteses são enunciadas no § 1.º do art. 475-M¹⁷³ e no inciso III do art. 475-O¹⁷⁴, ambos do CPC, segundo os quais restam condicionados à formação de garantia judicial pelo sujeito ativo da NJP ou por seu RJ o prosseguimento do *iter* executivo: (i.1.A.6.1ª) definitivo (autônomo ou incidental) impedido de avançar por medida processual que lhe *suspenda* (limitação de vigência da norma jurídica concreta executada), e, (i.1.A.6.2ª) provisório (art. 475-I, § 1.º do CPC¹⁷⁵) no que toca respeitos aos atos expropriatórios¹⁷⁶.

Já a terceira situação (i.1.A.6.3ª) resta permitida pelo § 2.º do art. 745 do CPC¹⁷⁷ e se refere a possibilidade do exeqüente apresentar garantia judicial com o fito de se imitir na posse do objeto jurídico perseguido em procedimento executivo para entrega de coisa certa quando o sujeito passivo da NJP (executado) ou seu RJ apresentam embargos do devedor por retenção de benfeitoria (art. 745, IV, do CPC¹⁷⁸).

¹⁷³ “Art. 475-M. (...). § 1º Ainda que atribuído efeito suspensivo à impugnação, é lícito ao exeqüente requerer o prosseguimento da execução, oferecendo e prestando caução suficiente e idônea, arbitrada pelo juiz e prestada nos próprios autos”.

¹⁷⁴ “Art. 475-O. A execução provisória da sentença far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas: (...)III – o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao executado dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos”.

¹⁷⁵ “Art. 475-I. (...).§ 1º É definitiva a execução da sentença transitada em julgado e provisória quando se tratar de sentença impugnada mediante recurso ao qual não foi atribuído efeito suspensivo”.

¹⁷⁶ Acerca do tema, ver a Súmula 317 do STJ: “É definitiva a execução de título extrajudicial, ainda que pendente apelação contra sentença que julgue improcedentes os embargos”.

¹⁷⁷ “Art. 745. (...).§ 2º O exeqüente poderá, a qualquer tempo, ser imitido na posse da coisa, prestando caução ou depositando o valor devido pelas benfeitorias ou resultante da compensação”

¹⁷⁸ “Art. 745. Nos embargos, poderá o executado alegar: (...) IV - retenção por benfeitorias necessárias ou úteis, nos casos de título para entrega de coisa certa (art. 621); (...)”.

A hipótese de i.1.A. 7 resta entabulada de maneira ampla pelo § 2.º do art. 656¹⁷⁹, pelo inciso II do art. 685¹⁸⁰, ambos do CPC e de modo específico pelo inciso II do art. 15 da Lei n.º 6.830/80¹⁸¹.

Nos três casos resta permitido ao sujeito ativo da NJP ou a seu RJ, na condição de exeqüentes (sujeito ativo da RJPJ1: autor), requererem ao órgão jurisdicional que seja determinado ao executado (sujeito ativo da RJPJ2 que pode ser o sujeito passivo da NJP ou seu RJ) a substituição do bem objeto de garantia prestada ou que seja ele acrescido de outro(s) para se afiançar com maior precisão o cumprimento da NJP. De modo a se formar, com a substituição ou o reforço, nova garantia judicial.

O tópico i.1.A.8 explana situação enunciada nos arts. 690 e art. 701, § 1.º, ambos do CPC¹⁸², nas quais o sujeito ativo da NJP ou seu RJ solicitam constituição de garantia judicial como condição para arrematação de bem levado à hasta pública.

A hipótese de i.1.A.9 está enunciada no art. 835 do CPC¹⁸³ e determina o dever do sujeito ativo de uma NJP ou seu RJ solicitarem ao órgão jurisdicional a constituição de garantia judicial para (a) apresentar demanda ou (b) permitir a continuidade de seu trâmite quando, respectivamente, (a) não residirem no Brasil ou (b) ausentarem-se dele durante a pendência do feito.

O caso tratado em i.1.A.10 refere-se à prestação de garantia judicial pelo sujeito ativo da NJP ou por seu RJ na condição de RJPJ1 (autor) como requisito para

¹⁷⁹ “Art. 656. (...)§ 2º A penhora pode ser substituída por fiança bancária ou seguro garantia judicial, em valor não inferior ao do débito constante da inicial, mais 30% (trinta por cento)”.

¹⁸⁰ “Art. 685. Após a avaliação, poderá mandar o juiz, a requerimento do interessado e ouvida a parte contrária: (...) II - ampliar a penhora, ou transferi-la para outros bens mais valiosos, se o valor dos penhorados for inferior ao referido crédito”.

¹⁸¹ “Art. 15 - Em qualquer fase do processo, será deferida pelo Juiz: I - ao executado, a substituição da penhora por depósito em dinheiro ou fiança bancária; e II - à Fazenda Pública, a substituição dos bens penhorados por outros, independentemente da ordem enumerada no artigo 11, bem como o reforço da penhora insuficiente”.

¹⁸² “Art. 690. A arrematação far-se-á mediante o pagamento imediato do preço pelo arrematante ou, no prazo de até 15 (quinze) dias, mediante caução.”

“Art. 701. (...)§ 1º Se, durante o adiamento, algum pretendente assegurar, mediante caução idônea, o preço da avaliação, o juiz ordenará a alienação em praça”.

¹⁸³ “Art. 835. O autor, nacional ou estrangeiro, que residir fora do Brasil ou dele se ausentar na pendência da demanda, prestará, nas ações que intentar, caução suficiente às custas e honorários de advogado da parte contrária, se não tiver no Brasil bens imóveis que lhes assegurem o pagamento”.

serem depositários de outra garantia judicial. Tal qual ocorre com as situações reguladas: (a) pelo inciso II do art. 824 do CPC¹⁸⁴, e, (b) pelo art. 1.051 do CPC¹⁸⁵.

Em i.1.A.11, a HG refere-se à improcedência de pleito de oposição à colação em inventário, que, uma vez configurada, autoriza ao titular do direito de herança inventariada (NJP) ou ao seu RJ requerer do *herdeiro opositor* a constituição de garantia judicial acerca dos bens objeto de tal incidente processual.

As HsG descritas nos itens i.1.A.12 e i.1.A.13, cujos enunciados legais são, respectivamente: o § 2.º do art. 1.016¹⁸⁶ e o art. 1.166¹⁸⁷, ambos do CPC, referem-se à formação de garantia judicial quando o sujeito ativo da RJPJ1 ou seu RJ possui o *status* jurídico de herdeiro e, estando em juízo na condição de *autor* do inventário ou da sucessão provisória, respectivamente: controverta o dever de prestar colações ou o valor de seus objetos, ou, pretenda gozar do objeto de seu direito de herança (NJP).

Saliente-se que em i.1.A.1, i.1.A.3, i.1.A.4, i.1.A.5, e i.1.A.11 o sujeito ativo de dada NJP ou seu RJ solicitarem ao agente jurisdicional que a parte contrária preste garantia, enquanto que nas outras situações é ele quem apresenta bens para tanto.

Grife-se também que em i.1.A.2 e i.1.A.6 a garantia judicial prestada pelo sujeito ativo de uma NJP ou por seu RJ destina-se a afiançar o cumprimento do dever judicial de devido processo legal (art. 5.º, LIV da CRFB/88) pela não expropriação ilícita do sujeito passivo da RJP, que terá na garantia judicial a guarida de seu patrimônio caso, posteriormente, seja editada norma jurídica concreta que revogue

¹⁸⁴ “Art. 824. Incumbe ao juiz nomear o depositário dos bens seqüestrados. A escolha poderá, todavia, recair: I - em pessoa indicada, de comum acordo, pelas partes; II - em uma das partes, desde que ofereça maiores garantias e preste caução idônea”.

¹⁸⁵ “Art. 1.051. Julgando suficientemente provada a posse, o juiz deferirá liminarmente os embargos e ordenará a expedição de mandado de manutenção ou de restituição em favor do embargante, que só receberá os bens depois de prestar caução de os devolver com seus rendimentos, caso sejam afinal declarados improcedentes”.

¹⁸⁶ “ Art. 1.016. (...)§ 2º Se a matéria for de alta indagação, o juiz remeterá as partes para os meios ordinários, não podendo o herdeiro receber o seu quinhão hereditário, enquanto pender a demanda, sem prestar caução correspondente ao valor dos bens sobre que versar a conferência”.

¹⁸⁷ “Art. 1.166. Cumpre aos herdeiros, imitidos na posse dos bens do ausente, prestar caução de os restituir”.

aquela (i.1.A.2) formulada em caráter de urgência ou (i.1.A.6) cuja efetivação se busca pela via executiva.

Por fim, cabe salientar que não se encaixilha em qualquer das hipóteses aventadas o requerimento de depósito elucidado pelos arts. 901/906 do CPC (ação de depósito), tendo em vista que tal demanda destina-se a fazer cumprir o dever do depositário entregar o bem guardado em virtude de contrato de depósito civil (norma jurídica de conduta). Assim, a entrega de tal objeto em juízo configurará cumprimento da norma jurídica material de depósito, seja pelo reconhecimento jurídico do pedido – se realizado antes de sentença – ou pelo cumprimento de tal decisão – se realizado depois da prolação de tal *decisum* –, não possuindo o caráter processual-cautelar das garantias judiciais estudadas.

3.4.1.1.2) Como réu

Quando um sujeito é chamado em juízo como réu (sujeito ativo de RJPJ2: R–J) (i.1.R) sob a alegação de ser sujeito ativo de uma NJP ou por ser seu RJ, a formação de garantia judicial por eles solicitada refere-se:

(i.1.R.1) à concessão de medida de urgência – antecipatória ou cautelar (autônoma ou incidental) – em seu desfavor (introdutora de norma jurídica de conduta concreta da qual seja sujeito passivo o sujeito ativo da NJT ou seu RJ);

(i.1.R.2) à substituição de medida de urgência – antecipatória ou cautelar (autônoma ou incidental) – concedida em seu desfavor (introdutora de norma jurídica de conduta concreta da qual seja sujeito passivo o sujeito ativo da NJT ou seu RJ);

(i.1.R.3) à manutenção de medida de urgência – antecipatória ou cautelar (autônoma ou incidental) – concedida em seu desfavor (introdutora de norma jurídica de conduta concreta da qual seja sujeito passivo o sujeito ativo da NJT ou seu RJ); ou,

(i.1.R.4) ao seu interesse de ser depositário de bem dado em garantia judicial.

As hipóteses elencadas neste tópico se manifestarão em demandas ajuizadas pelo sujeito passivo da NJP e consubstanciadas de pedido revogatório da NJP (*declaratória* de inexistência ou desconstitutiva), bem como as cautelares que lhes sejam pertinentes.

O caso enunciado no tópico i.1.R.1 possui fundamento legal nos arts. 273, *caput* e § 7.º, 798, 799 e 804, todos do CPC, e representa HG em que o sujeito ativo da NJP ou seu RJ, enquanto demandados (sujeito ativo da RJPJ2), solicitam a prestação de garantia judicial pelo demandante (sujeito ativo da RJPJ1: sujeito passivo da NJP ou seu RJ) como condição de deferimento de medida de urgência postulada por seu *ex adverso* a fim de que seja afiançada a reparação de lesão jurídica que lhe seja causada em virtude de cassação ou não-confirmação (revogação) de tal decisão.

Igualmente prevista nos arts. 798, 799 e 805, todos do CPC, está a hipótese do item i.1.R.2, que libera ao sujeito ativo da NJP ou de seu RJ, enquanto réus (sujeito ativo da RJPJ2) contra os quais tenha sido deferida medida de urgência, pleitearem ao agente jurisdicional a substituição (revogação) de tal decisão por garantia judicial que lhes acometa de restrição de menor intensidade, desde que sejam suficientes para a manter a proteção do cumprimento da NJP (revogação).

Na hipótese tratada em i.1.R.3, com espeque nos arts. 798 e 799 do CPC, o sujeito ativo da NJP ou seu RJ, enquanto sujeitos ativos da RJPJ2 (réus), podem pleitear por ordem jurisdicional que determine ao autor (sujeito ativo da RJPJ1 ou seu RJ) contemplado com medida de urgência a formação de garantia judicial para a manutenção de tal decisão ou o reforço da já prestada, de forma a afiançar seu ressarcimento pela cassação ou não-confirmação (revogação) de tal providência jurisdicional.

Já o caso tratado em i.1.R.4 diz respeito à prestação de garantia judicial pelo sujeito ativo da NJP ou por seu RJ, na condição de réus (sujeito ativo da RJPJ2), como requisito para serem depositários de uma qualquer outra garantia judicial.

A licitude dessa medida está arrimada nos arts. 798 e 799 do CPC, permitindo ao sujeito ativo da NJP solicitar a constituição de nova garantia judicial para

assegurar seu dever de depositário da primeira quando a guarda desse bem por outra pessoa for lesiva a algum direito seu.

Há, também, outra possibilidade de o titular do direito de uma NJP ou seu RJ figurar como sujeito ativo da RJP2 (réu) em demanda que verse acerca desse vínculo jurídico, qual seja: quando o sujeito passivo da NJP ou seu RJ apresentam-se como sujeito ativo da RJP1 (autor) para promover a consignação em pagamento do objeto da NJP.

Entrementes, em tal *circunstância* processual não há hipótese de solicitação de formação de garantia judicial (HG) pelo réu da consignação (sujeito ativo da NJP ou seu RJ), tendo em vista que o bem apresentado em juízo pelo autor é posto a sua disposição, configurando efetivo *pagamento* nos termos do art. 334 da Lei Ordinária Nacional n.º 10.406/2002 (Código Civil)¹⁸⁸.

Entrementes, caso o sujeito ativo da NJP demandado em processo consignatório conteste a pretensão autoral, a qualificação jurídica do *quantum* depositado dependerá do resultado do julgamento final desse feito que determinará se ele correspondeu a pagamento ou não conforme seja julgado procedente ou improcedente.

Dessa forma, a fruição pelo réu do objeto consignado em juízo é inerente ao seu direito de uso sobre tal bem, dispensando a constituição de garantia judicial por não haver, em tal caso, o dever jurisdicional de resguardar a integridade patrimonial do sujeito passivo da NJP.

3.4.1.2) Pelo titular do dever a ser garantido

Também em referência ao pólo ocupado na relação jurídica processual jurisdicional completa (RJPJC: A–J–R) dividem-se as hipóteses em que o sujeito passivo de uma NJP ou seu RJ podem solicitar a formação de garantia judicial

¹⁸⁸ “Art. 334. Considera-se pagamento, e extingue a obrigação, o depósito judicial ou em estabelecimento bancário da coisa devida, nos casos e forma legais”.

para o cumprimento do dever pertinente (i.2): (i.2.A) ora como autor (sujeito ativo de RJPJ1: A–J), (i.2.R) ora como réu (sujeito ativo de RJPJ2: R–J).

3.4.1.2.1) Como autor

Quando o sujeito passivo de uma NJP ou seu RJ se dirige ao órgão jurisdicional como autores (sujeito ativo de RJPJ1: A–J) (i.2.A), as hipóteses de solicitação para ser formada garantia judicial dizem respeito à:

(i.2.A.1) garantia do cumprimento de um dever para qual não haja determinação legal expressa de prestação de caução;

(i.2.A.2) concessão de medida de urgência – antecipatória ou cautelar (autônoma ou incidental) – em seu favor introdutora de norma jurídica de conduta concreta da qual seja sujeito ativo o sujeito passivo da NJP ou seu RJ);

(i.2.A.3) substituição de medida de urgência – antecipatória ou cautelar (autônoma ou incidental) – concedida em seu favor (introdutora de norma jurídica de conduta concreta da qual seja sujeito ativo o sujeito passivo da NJP ou seu RJ);

(i.2.A.4) quitação de eventuais custas e honorários advocatícios do sujeito ativo da RJPJ2 (réu) quando o sujeito passivo da NJP for sujeito ativo da RJPJ1 (autor) e residir fora do Brasil ou dele se ausentar no momento da propositura de demanda ou durante seu transcurso; ou,

(i.2.A.5) à possibilidade de se tornar depositário de um bem dado em garantia judicial.

O primeiro caso (i.2.A.1) resta autorizado pelos arts. 798 e 799 do CPC, colocando à disposição do sujeito passivo da NJP ou de seu RJ a possibilidade de solicitar ao órgão jurisdicional como medida de urgência autônoma – em procedimento específico para tanto – a formação de garantia judicial sobre um bem apresentado por eles com o intuito de assegurar o cumprimento de um dado dever.

Entrementes, por conta do art. 273, *caput* e § 7.º, do CPC, a formação de tal garantia também pode ser pleiteada como medida de urgência incidental, antecipatória ou cautelar, veiculada no bojo de procedimento instaurado para a efetiva satisfação da NJP.

Vale aqui a mesma ressalva do item i.1.A.1 no que toca respeito à prestação de caução dos arts. 826/838 do CPC, pois, somente se enquadram em tal hipótese as demandas que pleiteiam a formação de *caução* como *garantia judicial*: não exigida por norma jurídica de conduta (direito material), porquanto somente em tais casos a disposição do bem fica a cargo do órgão jurisdicional para cumprimento de dada NJP.

A segunda hipótese (i.2.A.2) tem sua permissão enunciada pelos arts. 273, *caput* e § 7.º, 798, 799 e 804, todos do CPC, tornando lícito ao sujeito passivo da NJP ou seu RJ posicionarem-se como sujeitos ativos da RJPJ1 (autores) para pedir a formação de garantia judicial como condição de deferimento de medida de urgência – antecipatória ou cautelar – (introdutora de norma jurídica de conduta concreta na qual seja sujeito passivo o sujeito ativo da NJP ou seu RJ), de forma a lhe assegurar a reparação financeira por prejuízos causados em virtude da cassação ou não-confirmação (revogação) de tal providência processual.

Portanto, a situação de i.2.A.2 atina a pedido autoral (sujeito ativo RJPJ1) de formação de garantia judicial como resguardo para que o órgão jurisdicional determine a constituição de outra garantia judicial como conteúdo de uma das medida de urgência mencionadas no item i.2.A.1. Assim, tem-se lá a cautela (i.2.A.1) e aqui a contra-cautelar (i.2.A.2).

A terceira situação (i.2.A.3) está autorizada pelos arts. 798, 799 e 805, todos do CPC, permitindo que o sujeito passivo da NJP ou seu RJ, enquanto autores, requeiram ao órgão jurisdicional a determinação de prestação de suficiente garantia judicial pelo réu (sujeito ativo da NJP ou se RJ) para resguardar financeiramente a substituição (revogação) de uma qualquer medida de urgência concedida em seu favor (introdutora de norma jurídica de conduta concreta na qual o sujeito passivo da NJP ou seu RJ sejam sujeito ativo) por conta de tal

mudança ensinar método mais zeloso na proteção da satisfação do direito pleiteado por eles em juízo.

O item i.2.A.4 elucida caso enunciado no art. 835 do CPC, prescrevendo o dever do sujeito passivo de uma NJP ou seu RJ solicitarem como autores (sujeito ativo da RJPJ1) ao órgão jurisdicional a constituição de garantia judicial para (a) apresentar-lhe demanda ou (b) permitir a continuidade de seu trâmite, quando, respectivamente, (a) não residirem no Brasil ou (b) ausentarem-se dele durante sua pendência.

O item i.2.A.5, com fundamento nos arts. 798 e 799 do CPC, considera a licitude de haver prestação de garantia judicial pelo sujeito passivo da NJP ou por seu RJ enquanto réus (sujeitos ativos da RJPJ2) como requisito para serem eles depositários de dada garantia judiciais, por conta de tal guarda lhes evitar alguma lesão jurídica.

Ressalte-se haver uma sexta situação em que o sujeito passivo da NJP ou seu RJ podem se apresentar judicialmente como autores (sujeito ativo de RJPJ1: A–J): na demanda de consignação em pagamento. Todavia, como explicitado no item 3.4.1.1.2, em tal circunstância processual o bem apresentado em juízo (consignado) pelo sujeito ativo da RJPJ1 (autor) não se consubstancia em garantia judicial, mas em pagamento (art. 334 do Código Civil). Motivo pelo qual tal hipótese não foi considerada no presente tópico.

Por fim, com a exceção da situação enunciada em i.2.A.1, que ocorrerá em feito específico para a prestação de garantia judicial, as situações processuais descritas se configurarão em demandas nas quais o sujeito passivo da NJP ou seu RJ requeiram a revogação da NJP (*declaratória* de inexistência ou desconstitutiva) ou em feitos nos quais se busque assegurar esse escopo.

3.4.1.2.2) Como réu

Quando um sujeito apresenta-se como réu (sujeito ativo de RJPJ2: R–J) (i.2.R) sob a alegação de ser sujeito passivo de uma NJP ou por seu RJ, o pedido de formação de garantia judicial formulado por eles refere-se:

(i.2.R.1) à concessão de medida de urgência – antecipatória ou cautelar (autônoma ou incidental) – em seu desfavor (introdutora de norma jurídica de conduta concreta da qual seja sujeito passivo o sujeito passivo da NJP ou seu RJ);

(i.2.R.2) à substituição de medida de urgência – antecipatória ou cautelar (autônoma ou incidental) – concedida em seu desfavor (introdutora de norma jurídica de conduta concreta da qual seja sujeito passivo o sujeito passivo da NJP ou seu RJ);

(i.2.R.3) à manutenção de medida de urgência – antecipatória ou cautelar (autônoma ou incidental) – concedida em seu desfavor (introdutora de norma jurídica de conduta concreta da qual seja sujeito passivo o sujeito passivo da NJP ou seu RJ);

(i.2.R.4) ao cumprimento do dever de pagar indenização alimentar por ato ilícito;

(i.2.R.5) ao exercício do direito de pleitear a revogação da NJP cujo cumprimento é perseguido em procedimento executivo ou à atribuição de efeito *suspensivo* (impeditivo) à pleito processual nesse sentido;

(i.2.R.6) à substituição ou redução de garantia judicial já prestada em procedimento executivo;

(i.2.R.7) ao seu interesse de ser depositário de bem dado em garantia judicial;

(i.2.R.8) à suspensão da execução de arresto e seqüestro; ou

(i.2.R.9) ao prosseguimento de obra embargada.

A primeira hipótese (i.2.R.1) possui fundamento legal nos arts. 273, *caput* e § 7.º, 798, 799 e 804, todos do CPC, e representa HG em que o sujeito passivo da NJP ou seu RJ, enquanto demandados (sujeito ativo da RPJ2), pleiteiam a prestação

de garantia judicial pelo autor (sujeito ativo da RJPJ1: sujeito ativo da RJP ou seu RJ) como condição de deferimento de medida de urgência postulada pela parte *ex adversa* a fim de que seja garantida sua reparação patrimonial em virtude de eventual cassação ou não-confirmação de tal decisão de urgência.

O caso do tópico i.2.R.2 também está contemplado pelos arts. 798, 799 e art. 805, todos do CPC, e se configura com o deferimento de medida de urgência em desfavor do sujeito ativo da RJPJ2 (réu) quando tal posição processual for ocupada pelo sujeito passivo da NJP ou de seu RJ, sendo-lhes lícito pleitear ao agente jurisdicional a constituição de garantia judicial para substituí-la (revogar a norma jurídica concreta por ela introduzida) por lhe ser juridicamente menos prejudicial. Como situação específica de tal hipótese há a previsão do art. 668 do CPC¹⁸⁹ e do art. 10.º da Lei n.º 8.397/92¹⁹⁰.

Em i.2.R.3, com esboço nos arts. 798 e 799 do CPC, o sujeito passivo da NJP ou seu RJ, enquanto sujeitos ativos da RJPJ2 (réus), podem pleitear determinação jurisdicional para que o respectivo sujeito ativo da RJPJ1 (autor: sujeito ativo da NJP ou seu RJ) agraciado com medida de urgência forme garantia judicial para a manutenção de tal decisão ou a complementação a que foi prestada, de forma a afiançar o ressarcimento do demandado pela cassação ou não-confirmação (revogação) de tal providência jurisdicional.

A hipótese tratada em i.2.R.4 diz respeito à previsão enunciada no § 2.º do art. 475-Q do CPC, que estabelece o direito de o sujeito passivo de NJP prescrever de pagamento de indenização por ato ilícito ou seu RJ, na condição de réus da execução de tal obrigação, pugnam pela substituição da formação de capital pela apresentação de fiança bancária ou de garantia real.

Deve-se salientar que a inscrição em folha de pagamento prevista no início do dispositivo legal supra-citado não se configura como garantia judicial (cautelares),

¹⁸⁹ “Art. 668. O executado pode, no prazo de 10 (dez) dias após intimado da penhora, requerer a substituição do bem penhorado, desde que comprove cabalmente que a substituição não trará prejuízo algum ao exequente e será menos onerosa para ele devedor (art. 17, incisos IV e VI, e art. 620)”.

¹⁹⁰ “Art. 10. A medida cautelar fiscal decretada poderá ser substituída, a qualquer tempo, pela prestação de garantia correspondente ao valor da prestação da Fazenda Pública, na forma do art. 9º da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980”.

mas, sim como técnica de efetivação (execução) de comando jurisdicional nesse sentido.

Já na quinta hipótese (i.2.R.5), o sujeito passivo da NJP ou seu RJ pugnam, como réus em procedimento executivo, pela formação de garantia judicial com o intuito: (a) de iniciar o procedimento jurisdicional destinado a revogar a NJP enunciada pelos §§ do art. 475-J¹⁹¹ e pelo art. 622¹⁹², ambos do CPC, ou (b) de ter atribuído efeito *suspensivo/impeditivo* aos embargos do devedor apresentados por eles (art. 739-A, § 1.º, do CPC¹⁹³).

Em i.2.R.6, conforme está autorizado pelos arts. 656, § 2.º, 668¹⁹⁴ e 685, I¹⁹⁵, do CPC, e, pelo art. 15, I, da Lei n.º 6.830/80¹⁹⁶, pode o sujeito passivo da NJP ou seu RJ requererem, enquanto executados (sujeito ativo da RJPJ2), a substituição ou a redução de garantia judicial por ele prestada, gerando, com o acolhimento de tal pleito, nova garantia judicial.

¹⁹¹ “Art. 475-J. (...)§ 1º Do auto de penhora e de avaliação será de imediato intimado o executado, na pessoa de seu advogado (arts. 236 e 237), ou, na falta deste, o seu representante legal, ou pessoalmente, por mandado ou pelo correio, podendo oferecer impugnação, querendo, no prazo de quinze dias. (...)”

§ 2º Caso o oficial de justiça não possa proceder à avaliação, por depender de conhecimentos especializados, o juiz, de imediato, nomeará avaliador, assinando-lhe breve prazo para a entrega do laudo.

§ 3º O exeqüente poderá, em seu requerimento, indicar desde logo os bens a serem penhorados.

§ 4º Efetuado o pagamento parcial no prazo previsto no caput deste artigo, a multa de dez por cento incidirá sobre o restante.

§ 5º Não sendo requerida a execução no prazo de seis meses, o juiz mandará arquivar os autos, sem prejuízo de seu desarquivamento a pedido da parte.

¹⁹² “Art. 622. O devedor poderá depositar a coisa, em vez de entregá-la, quando quiser opor embargos”.

¹⁹³ “Art.739-A. (...)§ 1º O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando, sendo relevantes seus fundamentos, o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes”.

¹⁹⁴ “Art. 666. Os bens penhorados serão preferencialmente depositados: I - no Banco do Brasil, na Caixa Econômica Federal, ou em um banco, de que o Estado-Membro da União possua mais de metade do capital social integralizado; ou, em falta de tais estabelecimentos de crédito, ou agências suas no lugar, em qualquer estabelecimento de crédito, designado pelo juiz, as quantias em dinheiro, as pedras e os metais preciosos, bem como os papéis de crédito; II - em poder do depositário judicial, os móveis e os imóveis urbanos; III - em mãos de depositário particular, os demais bens”.

¹⁹⁵ “Art. 685. Após a avaliação, poderá mandar o juiz, a requerimento do interessado e ouvida a parte contrária: I - reduzir a penhora aos bens suficientes, ou transferi-la para outros, que bastem à execução, se o valor dos penhorados for consideravelmente superior ao crédito do exeqüente e acessórios;(...)”.

¹⁹⁶ “Art. 15 - Em qualquer fase do processo, será deferida pelo Juiz: I - ao executado, a substituição da penhora por depósito em dinheiro ou fiança bancária; (...)”.

O tópico i.2.R.7 trata da prestação de garantia judicial pelo sujeito passivo da NJP ou por seu RJ, na condição de réus (sujeito ativo da RJPJ2), como requisito para serem depositários de dada garantia judicial, na medida em que tal guarda evite violação de um seu direito. Tal possibilidade deriva em caráter genérico dos arts. 798 e 799 do CPC, tendo como hipótese específica a situação prevista no inciso II do art. 824 do CPC.

O caso mencionado em i.2.R.8 está prescrito no inciso II do art. 819 do CPC¹⁹⁷ combinado com o art. 823 do mesmo texto jurídico¹⁹⁸, garantindo ao sujeito passivo da NJP ou seu RJ demandados em feito de arresto ou seqüestro a possibilidade de suspender a execução de tais constrições cautelares mediante apresentação em juízo de bem para ser tomado como garantia judicial.

E, por fim, a situação descrita no item i.2.R.9 fundamenta-se no art. 940 do CPC¹⁹⁹ e refere-se à formação de garantia judicial pelo sujeito passivo de NJP enquanto réu (sujeito ativo da RJPJ2) para dar continuidade a empreendimento embargado em demanda de nunciação de obra nova.

Registre-se que todas as situações mencionadas se colmatarão em demandas apresentadas pelo sujeito ativo da NJP ou seu RJ nas quais pugnam ao Judiciário-jurisdicional o cumprimento da NJP (condenatórias) ou a asseguaração de tal fim (cautelares).

Deve-se salientar haver outra hipótese em que o sujeito passivo da NJP ou seu RJ podem solicitar a formação de garantia judicial enquanto sujeitos ativos da RJPJ2 (réu): a tratada no § único do art. 582 do CPC²⁰⁰.

Tal situação ocorre em RJPJC consubstanciadas em procedimento executivo instaurados para fazer avançar o ciclo de positivação de norma jurídica concreta

¹⁹⁷ “Art. 819. Ficará suspensa a execução do arresto se o devedor: (...)II - der fiador idôneo, ou prestar caução para garantir a dívida, honorários do advogado do requerente e custas”.

¹⁹⁸ “Art. 823. Aplica-se ao seqüestro, no que couber, o que este Código estatui acerca do arresto”.

¹⁹⁹ “Art. 940. O renunciado poderá, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, requerer o prosseguimento da obra, desde que preste caução e demonstre prejuízo resultante da suspensão dela”.

²⁰⁰ “Art. 582. Em todos os casos em que é defeso a um contraente, antes de cumprida a sua obrigação, exigir o implemento da do outro, não se procederá à execução, se o devedor se propõe satisfazer a prestação, com meios considerados idôneos pelo juiz, mediante a execução da contraprestação pelo credor, e este, sem justo motivo, recusar a oferta:.

(NJP) inferida de título executivo extrajudicial cujo cumprimento resta vinculado ao de outra norma concreta (NJ2).

Em demandas com esse objeto (execução de norma de cumprimento vinculado a outra norma) há a possibilidade de o sujeito ativo da RJPJ2 (executado) exonerar-se de satisfazer o sujeito ativo da NJP (exeqüente) mediante a entrega do bem pertinente em juízo quando condiciona o cumprimento de seu dever (NJP) ao cumprimento da norma jurídica da qual é sujeito ativo (NJ2) por meios considerados lícitos pelo órgão jurisdicional.

Contudo, tal situação se perfaz em forma de consignação em pagamento nos moldes do art. 334 do CC, sendo o bem *entregue em juízo* posto diretamente a disposição do exeqüente e apto a purgar a mora do executado. Razão pela qual não pode ser encartada como garantia judicial, tal qual aquelas descritas nos itens 3.4.1.1.2 e 3.4.1.2.1.

3.4.1.3) Pelo órgão jurisdicional

As situações em que a exigência de formação de garantia judicial (HG) é realizada de ofício pelo órgão jurisdicional (sujeito passivo da RJPJ1 e da RJPJ2) (i.3) atinam à assecuração:

(i.3.1) do possível cumprimento de uma norma jurídica principal (NJP) para a qual haja autorização legal de determinação de formação de garantia sem pedido do interessado;

(i.3.2) do retorno ao *status quo ante* do patrimônio jurídico do:

(i.3.2.1) sujeito passivo da NJP demandado em procedimento executivo (executado) quando o sujeito ativo da RJPJ1 (exeqüente: sujeito ativo da NJP ou seu RJ) pretenda fazer avançar tal parcela do ciclo de positivação (i.3.2.1.p) entabulado em modalidade provisória, ou, (i.3.2.1.d) em cunho definitivo, mas que esteja *suspenso*;

(i.3.2.2) sujeito que terá ou teve medida de urgência incidental – antecipatória ou cautelar – deferida em seu desfavor (introdutora de norma jurídica de conduta concreta da qual seja sujeito passivo um dos sujeitos da NJP ou seus RsJs); ou,

(i.3.2.3) sujeito que poderá ter substituída medida de urgência – antecipatória ou cautelar – concedida em seu favor (introdutora de norma jurídica de conduta concreta da qual seja sujeito ativo um dos sujeitos da NJP ou seus RsJs);

(i.3.3) do pagamento de custas processuais e honorários advocatícios do sujeito ativo da RJPJ2 (réu) vencedor de demanda ajuizada por sujeito de direito que não residir no Brasil ou dele se ausentar durante o trâmite de demanda da qual seja autor (sujeito ativo da RJPJ1).

Sob abrigo do item i.3.1 tem-se, primeira e genericamente, a proteção de qualquer NJP levada à apreciação do órgão jurisdicional, que, por imperativo do art. 797 do CPC²⁰¹, pode, quando expressamente autorizado, exigir de ofício a formação de uma garantia judicial para assegurar seu cumprimento.

Também se enquadra nessa possibilidade a exigência de garantia feita pelo órgão jurisdicional ao sujeito passivo da NJP ou ao seu RJ porquanto pretenderem eles verem revogada norma jurídica cujo ciclo de positivação já se encontra em etapa executiva. Isso ocorre, *v. g.*, quanto tais sujeitos pretendem exercer o direito de iniciar os procedimentos destinados a revogar a NJP executada prescritos pelos §§ do art. 475-J e pelo art. 622, ambos do CPC, configurando-se a garantia judicial como um pressuposto processual específico de tais *módulos procedimentais*.

Do mesmo modo é permitido ao órgão jurisdicional exigir formação de garantia judicial: (a) do arrematante caso ele pretenda fazer o pagamento do bem no prazo estipulado pelo art. 690 do CPC, afiançando, assim, a satisfação do direito de crédito do executado; (b) do executado para pagamento de indenização por dano decorrente de ato ilícito (*caput* do art. 475-Q do CPC: formação de capital); (c) do

²⁰¹ “Art. 797. Só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes”.

herdeiro cuja oposição à obrigação de trazer colações ao inventário tenha sido julgada improcedente (§ 1.º do art. 1.016 do CPC); e, (d) do pretendente a tutor ou curador (art. 1.190 do CPC²⁰²).

No segundo item (1.3.2), as primeiras sub-hipóteses de exigência jurisdicional de bem garantidor (i.3.2.1) destinam-se à formação de uma segunda garantia judicial em virtude de o sujeito ativo da RJPJ1 executiva (exeqüente) pretender usufruir do bem relativo à primeira garantia prestada pelo sujeito ativo da RJPJ2 (executado); casos em que se tem prestação de garantia para o *levantamento* de garantia. Tais situações estão enunciadas (i.3.2.1.p) no inciso III do art. 475-O e (i.3.2.1.d) no § 1.º do art. 475-M, ambos do CPC.

A possibilidade tratada no sub-tópico i.3.2.2 resta prescrita nos arts. 273, *caput* e § 7.º, 798, 799 e 804, todos do CPC, sendo permitido ao órgão jurisdicional exigir do autor (seja ele o sujeito ativo ou passivo da NJP ou um de seus RsJs) a formação de garantia para o deferimento de medida de urgência em seu favor (introdutora de norma jurídica concreta na qual algum deles seja sujeito ativo) ou o reforço da já prestada para sua manutenção, de forma a proteger pecuniariamente o patrimônio constricto pela decisão caso venha ela a ser cassada ou não-confirmada (revogada).

E, o caso descrito no sub-tópico i.3.2.3 se perfaz em função da prescrição dos arts. 798, 799 e 805, todos do CPC, que, por sua vez, autorizam ao órgão jurisdicional permitir de ofício àquele sujeito processual que teve medida de urgência deferida em seu desfavor a prestação de suficiente garantia judicial para substituí-la (revogar a norma jurídica concreta por ela introduzida) quando verificar que tal solução lhe for menos onerosa.

Já o terceiro item (i.3.3), versa sobre hipótese na qual o órgão jurisdicional deve exigir para (a) o ajuizamento de demanda ou (b) seu prosseguimento a formação de garantia pelo sujeito ativo da RJPJ1 (autor) – seja ele o sujeito ativo ou passivo da NJP ou um de seus RsJs – para resguardar o pagamento de custas

²⁰² “Art. 1.190. Se o tutor ou curador for de reconhecida idoneidade, poderá o juiz admitir que entre em exercício, prestando depois a garantia, ou dispensando-a desde logo”.

processuais e honorários advocatícios do sujeito ativo da RJPJ2 ou seu RJ (réu) quando aqueles (a) residirem fora do Brasil ou (b) dele se ausentarem enquanto durar demanda por eles ajuizada.

3.4.1.4) Por terceiro

Um sujeito de direitos recebe a qualificação processual de *terceiro* (T) por não integrar uma dada RJPJC. E, em relação à formação de garantia judicial, sua *aparição* em juízo ocorrerá em três circunstâncias: (a) como titular do bem apresentado pelo autor ou pelo réu para tanto; (b) em nome próprio como terceiro desinteressado, legitimado extraordinário do sujeito passivo da NJP para tal ato²⁰³ em função da permissão do art. 305 do CC²⁰⁴, ou, (c) em nome próprio como terceiro interessado, efetivando a prestação de garantia para ingressar no processo.

No primeiro caso (T.a), o terceiro pratica ato processual apenas para autorizar a uma das partes da RJPJC apresentar um bem dele como garantia judicial em seu favor (da parte).

Na segunda situação (T.b), o terceiro vai a juízo para apresentar a garantia judicial em seu nome como sujeito desinteressado, tão-somente assegurando o cumprimento do dever do sujeito passivo da NJP com arrimo em interpretação extensiva da autorização de *pagamento por terceiro* entabulada pelo art. 305 do CC.

²⁰³ Essa legitimidade exclusiva para a prática de alguns atos processuais é denominada por Cândido Rangel Dinamarco de *legitimatío ad actum* (DINAMARCO. Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 5.^a ed. São Paulo : Malheiros, 1997. p. 129). Assim, “a legitimação, considerada em termos processuais, é uma autorização que a lei fornece para a prática de atos dentro da cadeia procedimental. Assim como há a legitimação para postular e para atuar no pólo passivo (*legitimatío ad causam* ativa e passiva) , a mesma exige para a prática dos diversos atos que compõem o procedimento e denomina-se, genericamente, *legitimatío ad actum*”.(KLIPPEL, Rodrigo. *Teoria geral do processo civil*. Niterói : Impetus, 2006. p. 415.

²⁰⁴ “Art. 305. O terceiro não interessado, que paga a dívida em seu próprio nome, tem direito a reembolsar-se do que pagar, mas não se subroga nos direitos do credor”.

Na terceira hipótese (T.c), ele presta a garantia como terceiro interessado no resultado do processo para auxiliar uma das partes ou ingressar em juízo como se parte fosse.

Entrementes, a condição de *interessado* do terceiro somente se configura quanto ele: (T.c.1) deveria ter sido litisconsorte necessário (i) por ser sujeito da NJP ou (ii) por conta de dever processual nesse sentido, mas não ingressou em juízo (autor) ou não foi citado para tanto (réu); (T.c.2) é sujeito de uma relação jurídica que tem como fundamento de validade a norma jurídica tratada pelo órgão jurisdicional (dependência por subordinação); ou, (T.c.3) é sujeito de relação jurídica afetada pelos efeitos de norma introduzida pela decisão judicial (dependência por coordenação)²⁰⁵.

Assim, a prestação de garantia judicial por terceiro ocorrerá apenas nas situações descritas em T.b e T.c, pois em T.a ele somente cede o bem para uma das partes oferecê-lo como tal.

Firme nesse suposto, em relação à NJP cujo cumprimento se pretenda assegurar por garantia judicial, o terceiro pode se apresentar como:

- (1) sujeito sem vínculo jurídico com ela (T.a e T.b);
- (2) sujeito da relação jurídica nela contida (T.c.1.i);
- (3) sujeito processualmente obrigado a participar de demanda acerca dela (T.c.1.ii);
- (4) sujeito de relação jurídica cuja validade dela dependa (T.c.2); ou,
- (5) sujeito de relação jurídica afetada pelos efeitos da decisão judicial acerca dela (T.c.3).

Em 1 o terceiro é desinteressado, enquanto em 2, 3, 4 e 5 ele é interessado, podendo ingressar em juízo como:

²⁰⁵ “Sendo julgada uma dada relação jurídica, na medida em que ela se ligue à outra, está última sofrerá os efeitos reflexos da sentença. O julgamento da primeira relação jurídica, portanto, atinge esta última, embora não a tenha, a sentença, diretamente, apreciado, nem decidido”. (JORGE, Flávio Cheim. Teoria Geral dos recursos cíveis. 3.^a ed. São Paulo : RT, 2007. p. 88).

- parte, quando forme uma segunda RJPJC conexa, continente ou incidente àquela em relação a qual assume tal posição;
- assistente litisconsorcial, nos termos do art. 54 do CPC²⁰⁶, em 2 (T.c.1.i) e 3 (Tc.1.ii); ou,
- assistente simples, nos termos do art. 50 do CPC²⁰⁷, em 4 (T.c.2) e 5 (T.c.3).

Sobre as conseqüências processuais dessas diferenças de ingresso, leciona CÁSSIO SCARPINELLA BUENO²⁰⁸:

É importante saber se se está diante de caso de assistência *simples* ou *litisconsorcial*. Não se trata de indagação meramente teórica ou dogmática. Seus efeitos são inarredavelmente práticos e concretos. Consoante o caso, as possíveis atitudes, comportamentos e 'podres' do assistente variarão. É correta a regra de que o assistente simples age como sempre de acordo com a vontade do assistido; nunca contra ela. Não pode o assistente simples praticar nenhum ato que o assistido não praticaria e não pode também opor-se a qualquer ato do assistido, mesmo que seus efeitos possam lhe prejudicar. O assistente litisconsorcial, bem diferente, pode ir além da atividade do assistido. Não há maiores dúvidas na doutrina e na jurisprudência quanto a ser-lhe lícita a prática de atos que contrariam a vontade manifestada do assistido. Tudo porque o sae agir processual aproxima-se – se não coincide – como de um verdadeiro litisconsorte. (...)

Nessa toada, tendo em vista que pode o terceiro prestar garantia judicial em favor de uma das partes ou fazê-lo para se equipar processualmente a uma delas, as hipóteses em que ele poderá ir a juízo para tanto são aquelas permitidas ou determinadas a tais sujeitos processuais (autor e réu) não obstante a posição ocupada por eles na NJP.

Portanto, as HG por terceiro à RJPJC são aquelas enunciadas nos itens 3.4.1.1 (titular do direito na NJP), 3.4.1.2 (titular do dever na NJP) e 3.4.1.3 (órgão jurisdicional); cabendo para ele a mesma ressalva relativa à demanda de consignação em pagamento feita nos itens 3.4.1.1.2 e 3.4.1.2.1, bem como aquela

²⁰⁶ “Art. 54. Considera-se litisconsorte da parte principal o assistente, toda vez que a sentença houver de influir na relação jurídica entre ele e o adversário do assistido”.

²⁰⁷ “Art. 50. Pendendo uma causa entre duas ou mais pessoas, o terceiro, que tiver interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma delas, poderá intervir no processo para assisti-la”.

²⁰⁸ BUENO. Cássio Scarpinella. Partes e terceiros no processo civil brasileiro. São Paulo : Saraiva, 2003. p. 137.

referente à consignação na execução autorizada pelo parágrafo único do art. 582 do CPC e descrita no item 3.4.1.2.2.

3.4.2) Constituição

Verificada pelo agente jurisdicional *in concreto* a HG, deve imputá-la relação jurídica na qual há o direito de um sujeito apresentar um bem como garantia judicial de cumprimento de uma NJP (sujeito ativo da NJP, sujeito passivo da NJP ou seus RsJs, bem como o terceiro) e o equivalente dever do órgão jurisdicional de apreciar tal prestação. Sendo sua enunciação realizada através do ato processual (das partes, do terceiro ou do magistrado) pelo qual a formação da garantia é solicitada ou exigida.

Por esse viés, ao verificar a suficiência ou pertinência do bem apresentado para assegurar a satisfação da NJP, o órgão jurisdicional emite outra norma jurídica de estrutura concreta (item ii de 3.4) que, atestando tal aptidão (antecedente), prescreve o seu direito de utilizá-lo para satisfazer a NJP (ou a norma que prescreve indenização por seu descumprimento) e o dever de seu proprietário suportar tal medida (conseqüente), constituindo nesse *átimo jurídico* a garantia judicial (NJP norma jurídica garantidora).

Frise-se que a suficiência do(s) bem(ns) apresentado(s) como garantia judicial possui um aspecto (i) qualitativo e outro (ii) quantitativo, referindo-se, respectivamente: à sua (i.1) pertinência (em caso de entrega de coisa) ou (i.2) executabilidade (em caso de entrega de quantia) e (ii) ao seu valor financeiro.

Isso porque, (ii) ademais de dever ter significação monetária equivalente ao valor do dever a ser garantido, é imperioso que (i) o bem-objeto da garantia judicial seja: (i.1) aquele avençado como objeto da NJP ou (i.2) expropriável jurisdicionalmente, uma vez que sua transferência para outrem por órgãos dessa categoria é prescrição virtualmente contemplada no ciclo de posituação máximo-possível de qualquer NJP (garantida).

Por esse viés, sendo o objeto da garantia judicial passível de alienação em caso de descumprimento da NJP, a determinação de quais bens jurídicos podem ser oferecidos como tal deve se pautar pelas prescrições referentes à transferência de titularidade de bens jurídicos pela via *executivo-jurisdicional*.

Assim, no que toca respeito ao tópico i.1, o bem garantidor será (a) determinado pelo gênero e pela quantidade quando for incerto o objeto da NJP (art. 629 do CPC²⁰⁹), ou (b), se certo, será a própria coisa (art. 622 do CPC).

Já quando a NJP possuir *dinheiro* como seu objeto – item i.2 – a determinação de quais bens jurídicos podem ser objeto de sua garantia judicial está disciplinada pelos arts. 648, 649, 650 e 655, todos do CPC²¹⁰.

²⁰⁹ “Art. 629. Quando a execução recair sobre coisas determinadas pelo gênero e quantidade, o devedor será citado para entregá-las individualizadas, se lhe couber a escolha; mas se essa couber ao credor, este a indicará na petição inicial”.

²¹⁰ “Art. 648. Não estão sujeitos à execução os bens que a lei considera impenhoráveis ou inalienáveis”.

“Art. 649. São absolutamente impenhoráveis: I - os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução; II - os móveis, pertences e utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida; III - os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor; IV - os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3º deste artigo; V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão; VI - o seguro de vida; VII - os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas; VIII - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família; IX - os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social; X - até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos, a quantia depositada em caderneta de poupança. § 1º A impenhorabilidade não é oponível à cobrança do crédito concedido para a aquisição do próprio bem. § 2º O disposto no inciso IV do caput deste artigo não se aplica no caso de penhora para pagamento de prestação alimentícia”.

“Art. 650. Podem ser penhorados, à falta de outros bens, os frutos e rendimentos dos bens inalienáveis, salvo se destinados à satisfação de prestação alimentícia”.

“Art. 655. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem: I - dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira; II - veículos de via terrestre; III - bens móveis em geral; IV - bens imóveis; V - navios e aeronaves; VI - ações e quotas de sociedades empresárias; VII - percentual do faturamento de empresa devedora; VIII - pedras e metais preciosos; IX - títulos da dívida pública da União, Estados e Distrito Federal com cotação em mercado; X - títulos e valores mobiliários com cotação em mercado; XI - outros direitos. § 1º Na execução de crédito com garantia hipotecária, pignoratícia ou anticrética, a penhora recairá, preferencialmente, sobre a coisa dada em garantia; se a coisa pertencer a terceiro garantidor, será também esse intimado da penhora. § 2º Recaindo a penhora em bens imóveis, será intimado também o cônjuge do executado”.

Nos três primeiros enunciados legais resta estabelecido que somente podem ser executados os bens jurídicos cuja propriedade possa ser transferida por seus titulares (alienáveis) ou pelos órgãos jurisdicionais (penhoráveis) – presumida, sempre, sua conversibilidade em pecúnia –, ou mesmo seus frutos e rendimentos em caso deles não serem destinados ao pagamento de dever alimentar.

Mister salientar que os bens impenhoráveis, desde que alienáveis, podem ser objeto de garantia judicial quando oferecidos pelo sujeito que solicita sua formação, uma vez que, em tal caso, à sua potencial expropriação para o cumprimento da NJP ocorre com autorização do proprietário que, no caso concreto, renuncia à tal proibição processual estipulada em seu favor.

Nesse sentido, manifestou-se o STJ no julgamento do AgRg nos EDcl no REsp 787707/RS, relatado pelo Min. Hélio Quaglia Barbosa, publicado no DJ de 14/11/2006:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. BENS IMPENHORÁVEIS. ARTIGO 649, VI, DO CPC. BENS INDICADOS À PENHORA PELOS DEVEDORES. RENÚNCIA À IMPENHORABILIDADE CARACTERIZADA. IMPROVIMENTO.

1. Conforme se retira da petição de fls. 12/13 dos autos, os bens objeto de constrição foram livremente ofertados pelos agravantes em garantia da execução.

2. Esta Corte Superior de Justiça firmou posicionamento no sentido de que o devedor que nomeia bens à penhora ou deixa de alegar a impenhorabilidade na primeira oportunidade que tem para se manifestar nos autos, ainda que tais bens sejam absolutamente impenhoráveis, à exceção do bem de família, perde o direito à benesse prevista no artigo 649 do Código de Processo Civil (REsp 470935 / RS, Segunda Seção, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ de 1º/3/2004 e REsp 351.932/SP, Terceira Turma, Rel.p/ acórdão Min. Castro Filho, DJ de 9/12/2003)

3. Agravo improvido.

Importante esclarecer também que podem ser objeto de garantia judicial, porquanto penhoráveis na condição de direitos, a fiança bancária e o seguro garantia judicial, haja vista que a legislação permite que dado bem seja penhorado substituído por eles (art. 656, § 2.º, do CPC²¹¹).

²¹¹ Acerca do seguro garantia judicial vide: Circular Nº 232, de 3/6/2003 da Superintendência de Seguros Privados (Susep).

E, com fundamento no art. 655 do CPC²¹² – com redação atribuída pela Lei n.º 11.382/2006 –, resta estipulada ordem de preferência entre os bens executáveis, podendo o sujeito ativo da NJP ou o órgão jurisdicional determinar quais bens do prestador da garantia deverão prioritariamente assegurar a satisfação do dever assegurado em juízo. Lembrando-se que, em função do atual enunciado do dispositivo mencionado e do art. 620 do CPC²¹³, tal seqüência pode ser relativizada conforme as particularidades dos casos concretos²¹⁴.

No que toca respeito à representação financeira do bem (ii), deve-se frisar que a formação de garantia judicial para uma NJP não inviabiliza que o mesmo bem seja dado como garantia de outra norma jurídica, tendo em vista a licitude de um bem responder pela satisfação de dois ou mais deveres jurídicos. Tal qual se infere da possibilidade de multiplicidade de penhoras sobre um mesmo objeto jurídico (art. 613 e 711 do CPC²¹⁵).

Portanto, a formação de garantia judicial somente ocorrerá quando forem oferecidos para tanto objetos normativos que apresentem concomitantemente as características suso mencionadas.

Já a formalização da unidade jurídica constituidora da garantia judicial será realizada pelo agente jurisdicional em ato processual que: (a) constata a efetivação do depósito do bem (semovente, móvel não-financeiro ou dinheiro); (b) aceite a prestação do capital constituído, da fiança bancária, do seguro garantia

²¹² “Art. 655. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem: I - dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira; II - veículos de via terrestre; III - bens móveis em geral; IV - bens imóveis; V - navios e aeronaves; VI - ações e quotas de sociedades empresárias; VII - percentual do faturamento de empresa devedora; VIII - pedras e metais preciosos; IX - títulos da dívida pública da União, Estados e Distrito Federal com cotação em mercado; X - títulos e valores mobiliários com cotação em mercado; XI - outros direitos”.

²¹³ “Art. 620. Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor”.

²¹⁴ Vide no STJ: AgRg no Ag 445111/SP.

²¹⁵ “Art. 613. Recaindo mais de uma penhora sobre os mesmos bens, cada credor conservará o seu título de preferência”.

“Art. 711. Concorrendo vários credores, o dinheiro ser-lhes-á distribuído e entregue consoante a ordem das respectivas prelações; não havendo título legal à preferência, receberá em primeiro lugar o credor que promoveu a execução, cabendo aos demais concorrentes direito sobre a importância restante, observada a anterioridade de cada penhora”.

judicial, da garantia real (imóvel) ou de um direito; ou, (c) constitua sobre ele penhora, arresto, seqüestro ou outra constrição cautelar inominada.

Deve-se grifar que dentro da realidade jurídica analisada há ainda uma hipótese em que a garantia judicial não é formalizada pelo agente jurisdicional: a hipoteca judicial entabulada pelo art. 466 do CPC. Pois, em tal caso, o ato jurisdicional *sentença condenatória* é o título de hipoteca que só constituirá garantia judicial sobre determinados bens com sua averbação pelo órgão jurídico competente nos registros de bens imóveis (art. 1.227 do Título II²¹⁶, e, Capítulo III do Título X, ambos do Livro III do CC).

Contudo, embora a formalização seja extra-judicial, a garantia permanece com *status iuris* de judicial, uma vez que os bens são gravados por determinação jurisdicional e restam vinculados ao cumprimento de comando normativo dessa ordem.

Assim, a diferença entre a constituição da hipoteca judicial do art. 466 e das garantias reais do § 2.º do art. 475-Q e do § 1.º do art. 690, ambos do CPC, reside na ciência da existência de bens aptos a serem objeto da garantia judicial no ato de sua formação.

Isso porque, enquanto no primeiro caso há apenas autorização jurídica para sua constituição (sentença condenatória), porquanto não se saber se o devedor da NJP possui bens que lhe sirvam de objeto – o que acontecerá somente por meio de informação positiva acerca de sua existência pela serventia competente –, nas segundas hipóteses o bem-objeto da garantia já é conhecido pelo órgão jurisdicional que, por isso, única e exclusivamente por meio de ato jurídico enunciado em processo jurisdicional, vincula-o à substituição da exigência de formação de capital para o cumprimento da NJP ou à quitação do restante do preço da arrematação (NJP).

²¹⁶ “Art. 1.227. Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos (arts. 1.245 a 1.247), salvo nos casos expressos neste Código”.

Desse modo, nos casos do § 2.º do art. 475-Q e do § 1.º do art. 690, ambos do CPC, o registro da hipoteca sobre o bem-objeto da garantia judicial não será constituidor da garantia judicial, mas sim ato destinado a atribuir à tal constrição jurisdicional efeito *erga omnes* e afastar a possibilidade de que seu bem-objeto seja pleiteado por adquirente intitulado como de boa-fé, tal qual o faz a averbação do ajuizamento da execução do art. 615-A do CPC²¹⁷.

Dispositivo legal esse (art. 615-A, do CPC) que, ante a aplicabilidade das disposições normativo-executivas às garantias judiciais – *in casu*, as da penhora –, autoriza ao órgão jurisdicional a determinar o cadastro da garantia judicial no registro pertinente (de imóveis, de veículos ou outros se houver).

3.4.3) Conseqüências da constituição

Formada a garantia judicial pela constituição da NJG concreta, o direito positivo considera tal unidade jurídica como (hipótese iii do item 3.4 do Capítulo 3) hipótese de outras normas pelas quais lhe são imputadas conseqüências tanto de ordem processual (norma jurídica de estrutura) quanto de cunho material (norma jurídica de conduta).

Dentre tais normas jurídicas destaca-se, inicialmente, aquela cuja constituição é perseguida pela apresentação em juízo de bens para servirem como garantia judicial, sendo o conteúdo de sua relação jurídica variante conforme as características da HG na qual se baseou.

Pode-se citar como exemplos de tais normas jurídicas: a introduzida pela medida de urgência concedida, mantida ou substituída; a autorizadora de prosseguimento de procedimento executivo; a permissiva de pagamento parcelado de bem arrematado; a que determina o sujeito garantidor como depositário.

²¹⁷ “Art. 615-A. O exequente poderá, no ato da distribuição, obter certidão comprobatória do ajuizamento da execução, com identificação das partes e valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, registro de veículos ou registro de outros bens sujeitos à penhora ou arresto”.

Também em função da constituição de garantia judicial deve ser formulada norma jurídica concreta que em seu conseqüente relacione o órgão jurisdicional, como titular do direito de entregar o bem garantidor a alguém e dele exigir a manutenção de sua integridade, com aquele que o guardará (depositário), como titular do dever de cuidar do objeto e de devolvê-lo quando exigido.

A enunciação de tal norma será realizada pela determinação jurisdicional de entrega do bem ao depositário, sendo sua regência entabulada pelas disposições cíveis referentes ao *depósito voluntário*²¹⁸ devidamente adequadas ao contexto processual por sua combinação com as particularidades jurisdicionais pertinentes (por exemplo: art. 5.º, LXVII, da CRFB88 e arts. 148, 149, 150 e 1.219 do CPC²¹⁹) e com as normas jurídicas próprias (como é o caso da Lei n.º 9.703/1998 que disciplina os depósitos judiciais tributários federais), implicando, assim, na inaplicabilidade de certos aspectos de caráter contratual/negocial do referido depósito, como, por exemplo: sua facultatividade e a obrigação de devolução pelo reclame do depositante do art. 627 do CC²²⁰ (o que dependerá de ordem jurisdicional)²²¹.

Nesse tocante, ao se ter em vista que a formação da garantia judicial transfere para o órgão jurisdicional o direito de dispor de seu objeto apenas para o cumprimento da NJP, tal ato processual enseja a transferência de posse direta

²¹⁸ Seção I, do Capítulo IX, do Título VI, do Livro I, da Parte Geral do CC.

²¹⁹ “Art. 148. A guarda e conservação de bens penhorados, arrestados, seqüestrados ou arrecadados serão confiadas a depositário ou a administrador, não dispondo a lei de outro modo”. “Art. 149. O depositário ou administrador perceberá, por seu trabalho, remuneração que o juiz fixará, atendendo à situação dos bens, ao tempo do serviço e às dificuldades de sua execução. Parágrafo único. O juiz poderá nomear, por indicação do depositário ou do administrador, um ou mais prepostos”.

“Art. 150. O depositário ou o administrador responde pelos prejuízos que, por dolo ou culpa, causar à parte, perdendo a remuneração que lhe foi arbitrada; mas tem o direito a haver o que legitimamente despendeu no exercício do encargo”.

“Art. 1.219. Em todos os casos em que houver recolhimento de importância em dinheiro, esta será depositada em nome da parte ou do interessado, em conta especial movimentada por ordem do juiz”.

²²⁰ “Art. 627. Pelo contrato de depósito recebe o depositário um objeto móvel, para guardar, até que o depositante o reclame”.

²²¹ Ver no STJ, nesse sentido: Resp 83596/RJ, HC 21966/SP. E, em sentido contrário: RHC 14040/PR e REsp 357327/PR.

nos moldes dos arts. 1.197 e 1.204 do CC²²² porque o Judiciário exerce em nome próprio esse direito inerente à propriedade (art. 1.228 do CC²²³), não obstante o faça exclusivamente em favor do sujeito ativo da NJP.

Assim, a constrição judicial de um dado bem imputa (i) ao seu proprietário uma posição jurídica que combina sua titularidade sobre o objeto da garantia – e, conseqüentemente, a posse indireta (art. 1.197 do CC²²⁴) – com o dever de suportar sua expropriação para fazer cumprir a NJP, e, (ii) ao depositário outra que mescla o dever de guarda e conservação do bem com os direitos inerentes à detenção dela (art. 1.198 do CC²²⁵), sendo a medida da licitude de suas condutas como ocupantes de tais categorias jurídicas determinada pelo equacionamento de seus respectivos direitos e deveres. Distinção essa que ainda se manterá quando tais posições possam ocupadas por um mesmo sujeito: no caso de o proprietário do bem ser determinado como seu depositário.

Acerca dos efeitos materiais da penhora (tomada como hipótese de norma jurídica de conduta) em relação ao depositário judicial, vale trazer a baila lição de MARCELO ABELHA RODRIGUES²²⁶, porquanto pertinentes às garantias judiciais:

Se é verdade que a penhora não altera a relação de dominialidade sobre o bem, que continua no patrimônio do responsável, o mesmo não se diz em relação à posse direta sobre o referido bem. É que, em decorrência da apreensão e depósitos judiciais do bem, tem-se que aposse direta passa a ser do Estado, titular que é do ato executivo, restando a posse indireta para o executado. Ainda que sobre o executado recaia a condição de depositário do bem penhorado, não estará em contato com a coisa em uma relação de posse, mas sim de detentor, conservando a coisa em nome do Estado como verdadeiro auxiliar da Justiça.

²²² “Art. 1.997. A posse direta, de pessoa que tem a coisa em seu poder, temporariamente, em virtude de direito pessoal, ou real, não anula a indireta, de quem aquela foi havida, podendo o possuidor direto defender a sua posse contra o indireto”.

“Art. 1.204. Adquire-se a posse desde o momento em que se torna possível o exercício, em nome próprio, de qualquer dos interesses inerentes à propriedade”.

²²³ “Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”.

²²⁴ “Art. 1.197. A posse direta, de pessoa que tem a coisa em seu poder, temporariamente, em virtude de direito pessoal, ou real, não anula a indireta, de quem foi havida, podendo o possuidor direto defender a sua posse contra o indireto”.

²²⁵ “Art. 1.998. Considera-se detentor aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas”.

²²⁶ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Manual de execução civil. 3.^a ed. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2008. p. 341.

Outro ponto importante decorrente da formação de garantia judicial refere-se à possibilidade de sua constituição permitir ou não a produção de norma jurídica que afete a configuração do inadimplemento da NJP (art. 389 do CC²²⁷) e da(s) consequência(s) que lhe seja(m) pertinente(s) (Título IV do Livro I da Parte Especial do CC).

Ao se ter em mira que o *inadimplemento* corresponde à não-realização de um dever (art. 389 do CC), a constrição patrimonial judicial para assegurar o cumprimento de dada NJP não possui o condão de evitá-lo, suspendê-lo ou interrompê-lo, tendo em vista que não transfere o bem jurídico objeto da obrigação para o patrimônio do sujeito que deveria recebê-lo, apenas o disponibiliza ao órgão jurisdicional para tanto.

Inaptidão essa que também se apresenta para a afetação da mora (art. 394 do CC²²⁸) e de seus efeitos (art. 395 do CC²²⁹) configurados pelo inadimplemento do sujeito passivo da NJP, porquanto não ser a prestação de garantia judicial hipótese que enseje sua purgação (art. 401 do CC²³⁰).

Dessa maneira, a prestação da garantia judicial não equivale ao adimplemento, pois, mesmo com sua formação o sujeito ativo da NJP permanece com seu direito não-satisfeito, nem afeta a mora gerada pelo sujeito passivo, na medida em que seu dever permanece não-cumprido²³¹.

²²⁷ “Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”.

²²⁸ “Art. 394. Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer”.

²²⁹ “Art. 395. Responde o devedor pelos prejuízos que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”.

²³⁰ “Art. 401. Purga-se a mora: I – por parte do devedor, oferecendo este a prestação mais a importância dos prejuízos decorrentes do dia da oferta; II – por parte do credor, oferecendo-se este a receber o pagamento e sujeitando-se aos efeitos da mora até a mesma data”.

²³¹ “AGRAVO INOMINADO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - DEPÓSITO JUDICIAL PARA GARANTIR JUÍZO PARA VIABILIZAR A INTERPOSIÇÃO DE EMBARGOS À EXECUÇÃO NÃO ELIDE A MORA - LEVANTAMENTO DO DEPÓSITO APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO - INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA ATÉ A DATA DO PAGAMENTO - RECURSO PROVIDO EM PARTE. 1. O depósito judicial, efetuado como garantia do juízo para possibilitar ao devedor agravante a dedução de embargos, não se confunde com o pagamento do débito, por não ter natureza liberatória, não elidindo a mora do devedor. 2. Os juros de mora incidem enquanto o devedor estiver em mora. 3. Elide-se a mora do devedor quando o importe depositado em

Por esse giro, havendo o não-cumprimento de uma NJP, configurar-se-á hipótese geradora de relação jurídica prescribente do direito de seu sujeito ativo receber valores atinentes aos consectários legais ou contratuais pela mora: juros moratórios, lucros cessantes (juros compensatórios), correção monetária, cláusula penal e retenção de arras.

Cumpra destacar que há manifestação de tais conseqüências moratórias por inadimplemento mesmo quando a garantia judicial se consubstancia em dinheiro, pois, nesse caso, em função do art. 629 do CC²³², não obstante as súmulas 179 e 271 do STJ²³³, é o *depositário* o responsável pela remuneração moratória do capital originariamente devida ao sujeito ativo, tendo em vista que deve devolvê-lo com de todos os seus acréscimos.

Acerca do assunto pronunciou-se o Superior tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. OFERECIMENTO DE DINHEIRO À PENHORA ARA GARANTIA DA EXECUÇÃO. DEPÓSITO JUDICIAL. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DE JUROS DE MORA SOBRE O VALOR DEPOSITADO. DEPOSITÁRIO JUDICIAL. ARTS. 666, INC. I, E 1.219, AMBOS DO CPC E 629 DO CC. PRECEDENTE.

- Havendo penhora de dinheiro, o banco no qual foi depositada a respectiva quantia assume o encargo de depositário judicial, nos termos dos arts. 666, inc. I, e 1.219, ambos do CPC. - Além da correção monetária, os juros moratórios sobre o valor depositado judicialmente pelo devedor, para garantia do juízo no processo de execução, devem ser pagos pelo banco depositário; nos termos do art. 629 do CC atual (equivalente ao art. 1.266 do CC/1916). Precedente. Recurso especial provido.

(STJ, Resp 783596/RJ, Rel. Min. Nancy Andrigui, publicado no DJ em 18/12/2006)

Em tal oportunidade a Ministra Nancy Andrigui asseverou²³⁴:

que tendo em vista que o banco depositário auferir lucro com o valor depositado pelo devedor-executado, deve, quando instado a restituir a quantia depositada, pagar, além da correção monetária, os juros

poupança judicial estiver à disposição do credor. 4. Recurso parcialmente provido. (TJES, AgIn em AI 030.069.000.351, Rel. Des. Frederico Guilherme Pimentel, Publicado no DJ 17/08/2006)".

²³² "Art. 629. O depositário é obrigado a ter na guarda e conservação da coisa depositada o cuidado e a diligência que costuma com o que lhe pertence, bem como a restituí-la, com todos os frutos e acréscimos, quando o exija o depositante.

²³³ Súmula n.º 179/STJ: "O estabelecimento de crédito que recebe dinheiro, em depósito judicial, é que responde pelo pagamento da correção monetária relativa aos valores recolhidos."

Súmula n.º 271/STJ: "A correção monetária dos depósitos judiciais independente da ação específica contra o banco depositário".

²³⁴ STJ, Resp 783596/RJ, Rel. Min. Nancy Andrigui, publicado no DJ em 18/12/2006.

moratórios, sob pena de enriquecimento ilícito do banco e de prejuízos ao devedor.

Diante desse panorama, o cômputo de encargos jurídico-financeiros durante o período em que a garantia estiver constituída ocorrerá até a data a partir da qual comece a vigorar a norma jurídica revogadora daquela continente do dever garantido, permitindo ao sujeito ativo da NJP requerer a substituição ou reforço da garantia prestada pelo sujeito passivo da NJP. O que se excepciona com a formação de depósito judicial, que, uma vez formalizado, transfere para o depositário o dever de atualizá-lo.

Ademais, havendo a permanência do inadimplemento e do estado de mora com formação da garantia judicial, afigura-se lícito ao sujeito ativo da NJP promover o desenvolvimento do ciclo de positivação da NJP mediante o acesso às vias judiciais e extrajudiciais de cobrança (inscrição em cadastro de inadimplência e protesto), salvo se for emitida por órgão jurisdicional norma jurídica em sentido contrário.

Nesse particular, o Superior Tribunal de Justiça apresenta entendimento de que a formação de garantia judicial não é condição suficiente para vedar a inscrição do nome do devedor em cadastro de inadimplência, sendo imperioso ainda, a configuração de demanda contestatória da norma jurídica garantida (NJP) e a violência simbólica das argumentações de seu sujeito passivo por estarem arrimadas em entendimento consolidado de tal Corte ou do STF. Ou seja: é necessária a emissão pelo órgão jurisdicional competente de norma jurídica individual e concreta proibitiva de tal cadastramento. Senão veja-se o voto condutor do Min. César Asfor Rocha, no Resp 527.618/RS ²³⁵:

CIVIL. SERVIÇOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. REGISTRO NO ROL DE DEVEDORES. HIPÓTESES DE IMPEDIMENTO.

A recente orientação da Segunda Seção desta Corte acerca dos juros remuneratórios e da comissão de permanência (REsp's ns. 271.214-RS, 407.097-RS, 420.111-RS), e a relativa frequência com que devedores de quantias elevadas buscam, abusivamente, impedir o registro de seus nomes nos cadastros restritivos de crédito **só e só** por terem ajuizado ação revisional de seus débitos, sem nada pagar ou depositar, recomendam que esse impedimento deva ser aplicado com cautela,

²³⁵ Vide também: REsp 610063/PE e AgRg no REsp 591127/RS.

segundo o prudente exame do juiz, atendendo-se às peculiaridades de cada caso. Para tanto, deve-se ter, necessária e concomitantemente, a presença desses três elementos: a) que haja ação proposta pelo devedor contestando a existência integral ou parcial do débito; b) que haja efetiva demonstração de que a contestação da cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; c) que, sendo a contestação apenas de parte do débito, deposite o valor referente à parte tida por incontroversa, ou preste caução idônea, ao prudente arbítrio do magistrado.(...)

3.4.4) Extinção

Conforme sejam os desdobramentos processuais do caso concreto, o término do *status iuris* de garantia judicial (item iv) será consequência de norma que descreva:

- (iv.1): o perecimento do bem garantidor;
- (iv.2): (iv.2.1) extinção da relação jurídica processual jurisdicional completa (RJPJC) que trata da NJP (garantida) pelas hipóteses do art. 267 do CPC²³⁶, (iv.2.2) a desconfiguração da HG, (iv.2.3) o deferimento do pedido de levantamento pelo sujeito que a prestou (titular do dever garantido, seu RJ ou terceiro), (iv.2.4) o atendimento de pleito de sua dispensa pelo sujeito que a requisitou (titular do direito guarnecido), (iv.2.5) a revogação da NJP, ou, (iv.2.6) o cumprimento da NJP sem execução da garantia – situações essas que implicarão na devolução para o proprietário do direito de disposição acerca do bem e de sua a posse direta –;
- (iv.3) a transferência da propriedade do bem para outrem em troca de valores suficientes para satisfazer o dever decorrente do não-cumprimento da NJP (expropriação); ou,

²³⁶ “Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: I - quando o juiz indeferir a petição inicial; II - quando o juiz indeferir a petição inicial; III - quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias; IV - quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo; V - quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada; VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual; VII - pela convenção de arbitragem; VIII - quando o autor desistir da ação; IX - quando a ação for considerada intransmissível por disposição legal; X - quando ocorrer confusão entre autor e réu; XI - nos demais casos prescritos neste Código”.

- (iv.4) a transferência da propriedade do bem para o sujeito ativo da NJP garantida com forma de quitar o dever advindo do descumprimento de tal norma – NJP – (adjudicação de bem não-financeiro ou levantamento de dinheiro).

Nas situações dos dois primeiros tópicos (iv.1 e iv. 2) a garantia judicial é extinta por falta de algum requisito de formação: (iv.1) objeto físico, (iv.2.1) contexto processual, (iv.2.2) hipótese de cabimento, (iv.2.3 e iv.2.4) interesse do prestador ou do beneficiário, (iv.2.5 e iv.2.6) norma jurídica a ser garantida.

Já na terceira e quarta modalidades (iv.3 e iv.4), a garantia é judicialmente executada em virtude do descumprimento da NJP, restando a propriedade de seu bem-objeto transferida, respectivamente: para outrem em troca de dinheiro destinado ao pagamento da indenização devida ao sujeito ativo da NJP (expropriação), ou, para o sujeito ativo da NJP que o adjudica como pagamento da indenização que lhe é devida.

E, nessas últimas situações (iv.3 e iv.4), por vezes, a mensuração do dano indenizável precisará de liquidação que, conforme as particularidades do caso concreto, poderá ser realizada nos próprios autos nos quais está enunciada a prestação da garantia (art. 811, parágrafo único, do CPC²³⁷) ou em demanda própria. Período de apuração esse durante o qual o bem permanece como garantia judicial, só se findando com a transferência de sua propriedade para outrem ou com a devolução de seu direito de disposição e de sua posse direta para o proprietário original.

Por fim, deve-se grifar que a modalidade de extinção por deferimento de pedido de levantamento pelo prestador (sujeito passivo da NJP) (iv.2.3), está condicionada à

²³⁷ “Art. 811. Sem prejuízo do disposto no art. 16, o requerente do procedimento cautelar responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida: I - se a sentença no processo principal lhe for desfavorável; II - se, obtida liminarmente a medida no caso do art. 804 deste Código, não promover a citação do requerido dentro em 5 (cinco) dias; III - se ocorrer a cessação da eficácia da medida, em qualquer dos casos previstos no art. 808, deste Código; IV - se o juiz acolher, no procedimento cautelar, a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor (art. 810). Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos do procedimento cautelar”.

avaliação jurisdicional de ocorrência de lesão ao correspondente sujeito ativo durante a manutenção da garantia ou em virtude de sua desconstituição.

Isso porque, servindo as garantias judiciais para resguardar o cumprimento de um dever, seu *desmonte* pelo arbítrio do sujeito que a formou deve ser condicionado ao atendimento a tal fim.

Portanto, mesmo nas hipóteses em que a garantia é prestada espontaneamente pelo titular do dever garantido – por conta de ser um direito seu –, sua desconstituição depende de aval do órgão jurisdicional perante o qual foi prestada.

3.5) Garantia judicial em processos tributários

3.5.1) Hipóteses

Ao se considerar a formação de garantia judicial em processos jurisdicionais instaurados sob alegação(ões) acerca de uma qualquer norma jurídica tributária (NJT), principal ou acessória²³⁸, as HsG podem ser estabelecidas conforme a NJP cujo cumprimento pretende-se assegurar. O que será determinada pelo contexto processual no qual a garantia é solicitada – determinado pelo pedido do autor (sujeito ativo da RJPJ1) que inaugura a demanda-contexto –, que, por sua vez, dependerá do momento dentro do ciclo de posituação da norma jurídica tributária principal em que a demanda for ajuizada.

Para atender esse intuito sistemático (das garantias judiciais em processos judiciais tributários), tal *iter* de efetivação normativa deve ser tomado pelos seguintes marcos: 1.º) introdução no direito positivo pelo agente legislativo de enunciados suficientes para a constituição da norma jurídica tributária principal geral e abstrata (regra-matriz de incidência tributária: RMIT); 2.º) constituição da

²³⁸ “(...) tutela jurisdicional tributária é norma individual e concreta produzida pelo Estado-juiz à guisa de compor conflito verificado em relação jurídica daquele jaez (obrigação tributária”. (CONRADO, Processo tributário. ob. citada. p. 141).

norma jurídica tributária individual e concreta pelo agente competente (NJT); 3.º) constituição de outra norma jurídica individual e concreta pelo agente executivo que atribui vigência à norma jurídica tributária individual e concreta (exigibilidade do crédito tributário), constituindo o *crédito tributário definitivo*; 4.º) constituição de norma jurídica individual e concreta que torna a NJT executável por meio de sua inscrição no livro da dívida ativa (constituição do título executivo: veículo introdutor); 5.º) ante o não-pagamento espontâneo, constituição de norma jurídica individual e concreta que deflagra o processo executivo pelo ajuizamento da exordial de execução fiscal (formação da RJPJ1); 6.º) constituição de norma jurídica individual e concreta que constitui a RJPJ2 – e conseqüentemente a RJPJC – mediante a citação do sujeito passivo da norma jurídica tributária individual e concreta executa; 7.º) constituição de norma jurídica de estrutura individual e concreta que considera como garantia judicial um bem apresentado pelo sujeito passivo tributário na condição de executado (sujeito ativo da RJPJ2): efetivação da penhora; e, 8.º) constituição de norma jurídica individual e concreta que prescreva a extinção da norma jurídica tributária individual e concreta ante a descrição de alguma das hipóteses dos incisos do art. 156 do CTN.

Mister registrar que, não obstante esteja idealizada no 8.º item, a extinção da norma jurídica tributária poderá se perfazer em qualquer momento após a ocorrência do item 2.º: sua constituição. E, entre esses dois marcos poderá ocorrer a suspensão da vigência da NJT caso ocorra alguma hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito que lhe compõe (art. 151 do CTN²³⁹).

Diante desse panorama, excluindo as possibilidades administrativas, as pretensões normativo-tributárias veiculadas aos órgãos jurisdicionais variarão conforme o sujeito da norma jurídica tributária que as deduza (sujeito ativo da RJPJ1: autor); que serão:

- (i) por seu sujeito ativo (Fisco), relativa à: (i.1) asseguaração ou (i.2) ao efetivo cumprimento de NJT, tendo em vista que sua constituição é de competência de seu próprio sujeito ativo; e,

- (ii) por seu sujeito passivo (contribuinte ou responsável) tendente à: (ii.1) proibir a constituição de NJT, (ii.2) revogar a NJT, (ii.3) receber a devolução de valores ilicitamente pagos como tributo, (ii.4) cumprir a NJT em juízo para evitar a mora, (ii.5) assegurar a formação ou efetivação do resultado de ii.1, ii.2 e ii.3 e ii.4, (ii.6) tão-somente obter determinação judicial de expedição de certidão acerca de seu *estado fiscal*, ou, (ii.7) afiançar o cumprimento de NJT mediante apresentação de garantia em juízo para receber, especificamente, certidão positiva de débito tributário com efeitos de negativa.

Tais pedidos de formulação normativa serão apresentados nos seguintes procedimentos: i.1: cautelar fiscal (Lei n.º 8.397/92); i.2: execução fiscal (Lei n.º 6.830/80); ii.1: declaratória de inexistência de relação jurídica tributária (ordinário do CPC) ou mandado de segurança preventivo (Lei n.º 1.533/51); ii.2: desconstitutivo de crédito tributário ou de inscrição em dívida ativa (ordinário do CPC), mandado de segurança repressivo (Lei n.º 1.533/51) ou embargos do devedor em execução fiscal (Lei n.º 6.830/80 combinado com o ordinário do CPC); ii.3: condenatório de repetição de indébito tributário (ordinário do CPC); ii.4: consignação em pagamento (Capítulo I do Título I do Livro IV do CPC); ii.5: cautelar nominado ou inominado, podendo ser apresentados autonomamente (Livro III do CPC) ou cumulados com outra pretensão em relação a qual será considerada medida de urgência incidental (art. 273 do CPC); ii.6: mandado de segurança (Lei n.º 1.533/51) ou ordinária de obrigação de fazer (Livro I do CPC); e, ii.7: cautelar de prestação de garantia judicial para obtenção de certidão positiva com efeitos de negativa (ordinário do CPC combinado com Capítulo I do Título Único do Livro III do CPC).

Nos casos do item i as demandas são denominadas *exacionais*: apresentam RJPJC que tem como autor (sujeito ativo da RJPJ1) o sujeito ativo tributário ou seu RJ e como réu (sujeito ativo da RJPJ2) o sujeito passivo tributário ou seu RJ; enquanto nas situações do item ii os processos são classificados como *antiexacionais*: sendo a RJPJC composta pelo sujeito passivo tributário, seu RJ ou

terceiro como autores (sujeitos ativos da RJPJ1), e pelo sujeito ativo tributário ou seu RJ como réu (sujeito ativo da RJPJ2)²⁴⁰.

Nessa toada, dentro das etapas destacadas do ciclo de positivação da norma jurídica tributária, a apresentação das pretensões tributárias suso mencionadas podem ser situadas da seguinte forma:

- depois do 1.º marco e antes do 2.º, momento jurídico em que somente há norma jurídica tributária geral e abstrata:

- pelo sujeito ativo tributário nada cabe;

Observação: o parágrafo único do art. 1.º da Lei n.º 8.397/92²⁴¹ prevê o ajuizamento de cautelar fiscal nesse instante do ciclo de positivação, entretanto, tal pleito é juridicamente impossível nos termos do inciso VI do art. 267 do CPC porquanto ser logicamente inalcançável, uma vez que não há como se assegurar o cumprimento de dever jurídico que não se sabe qual é²⁴².

- pelo sujeito passivo tributário cabe ação declaratória de inexistência de relação jurídica tributária ou mandado de segurança preventivo para receber do órgão jurisdicional norma jurídica individual e concreta que determine não ser fato gerador (hipótese tributária) aquela(s) sua(s) conduta(s) apresentada(s) em juízo, proibindo o

²⁴⁰ Tal classificação é produto da obra de James Martins: MARTINS, James. Direito processual tributário administrativo e judicial, São Paulo : Dialética, 2001. p. 354/357.

²⁴¹ “Art. 1º O procedimento cautelar fiscal poderá ser instaurado após a constituição do crédito, inclusive no curso da execução judicial da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias. Parágrafo único. O requerimento da medida cautelar, na hipótese dos incisos V, alínea "b", e VII, do art. 2º, independe da prévia constituição do crédito tributário”.

²⁴² “Referido preceito, ao que se vê, não apenas excepciona a regra do art. 1.º, caput (‘O procedimento cautelar fiscal poderá ser instaurado após a constituição do crédito, inclusive no curso da execução judicial da Dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias’): cria ficção verdadeiramente autolítica: medida cautelar fiscal é providência de indisponibilização patrimonial que, nos termos do art. 4.º, ocorrerá ‘até o limite da satisfação da obrigação’- se essa é a providência e seu limite, como outorgá-la sem conhecer-se a obrigação tributária? Mais: como conhecê-la (a obrigação tributária) sem constituí-la? Impossível assim nos parece, restando inviável, por isso mesmo, a outorga do provimento específico do qual tratamos na forma do retrotranscrito parágrafo único, ou seja, à revelia de prévia constituição da obrigação tributária”. (CONRADO, Paulo César. Processo tributário. o. citada. p. 207).

agente fiscal de constituir norma jurídica com esse conteúdo²⁴³, bem como as cautelares pertinentes ao caso concreto, v. g.: a apresentação antecipada de provas prevista nos art. 846/851 do CPC. Além de ordinária ou mandado de segurança para receber certidão negativa de débito tributário conforme seja a necessidade de dilação probatória.

- depois do 2.º marco e antes do 3.º, instante jurídico em que há norma jurídica tributária individual e concreta sem vigência (crédito tributário não-definitivo):

- pelo sujeito ativo tributário pode ser ajuizada cautelar fiscal nos termos da Lei n.º 8.397/92 com escopo de assegurar o cumprimento da norma jurídica tributária constituída;

- pelo sujeito passivo tributário pode ser apresentado ao órgão jurisdicional demanda tendente a *declarar* a inexistência de relação jurídica tributária (art. 4.º, parágrafo do único, do CPC²⁴⁴) ou desconstituir a unidade jurídica tributária formulada em seu desfavor, veiculada em procedimento ordinário comum enunciado no CPC (*declaratória* de inexistência de relação jurídica tributária e desconstitutiva de débito) ou naquele previsto pela Lei n.º 1.553/51 (mandado de segurança repressivo), bem como as cautelares que sejam necessárias, v. g.: a de antecipação de provas prevista nos art. 846/851 do CPC. E, ordinária ou mandado de segurança para receber certidão positiva com efeito de negativa de tributos (art. 206 do CTN).

²⁴³ “O contribuinte que pretender introduzir-se no processo de positivação do direito tributário antes da edificação da respectiva norma jurídica individual e concreta, deverá observar, já o dissemos, o caminho jurisdicional, fazendo-o por meio da ‘ação’ de conteúdo declaratório. (...) Nesse sentido, teríamos, então, que as declaratórias negativas em geral (e assim as ordinárias, fundadas, como salientado na noção de jurisdição universal) veiculam verdadeira norma de proibição, sendo essa, assim sua eficácia. Ou, noutro dizer: ao julgar procedentes tais ações, o Estado-juiz afasta a presunção de legalidade que permeia, em tese, todo e qualquer to que viesse a ser praticado pelo Estado-fisco, proibindo-o de fazê-lo.” (Idem, p. 211/212).

²⁴⁴ “Art. 4. (...).Parágrafo único. É admissível a ação declaratória, ainda que tenha ocorrido a violação do direito”.

- depois do 3.º marco e antes do 4.º, a partir de quando a norma jurídica tributária individual e concreta ganha vigência pelo esgotamento da via administrativa, havendo a constituição definitiva do crédito tributário:
 - podem ser apresentados os mesmos pedidos referentes ao tópico anterior (pelo sujeito ativo: cautelar fiscal; pelo sujeito passivo: declaratória de inexistência, desconstitutiva de débito, mandado de segurança repressivo e respectivas cautelares) menos o de obtenção de certidão positiva com efeitos de negativa, adicionado às hipóteses do sujeito passivo tributário a possibilidade dele ir a juízo consignar o pagamento de tributo, pedir a emissão de certidão positiva (mandado de segurança ou ordinária) ou, cautelarmente, prestar garantia judicial a fim de que seja expedida certidão positiva de débito tributário com efeitos de negativa (nos moldes do art. 206 do CTN).
- depois do 4.º marco e antes do 5.º, com a inscrição no livro da dívida ativa da norma jurídica tributária individual e concreta:
 - podem ser manobradas as mesmas ferramentas processuais descritas no item anterior por ambos sujeitos tributários (pelo sujeito ativo: cautelar fiscal; pelo sujeito passivo: declaratória de inexistência, desconstitutiva de débito, mandado de segurança repressivo, cautelares pertinentes, mandado de segurança ou ordinária para obter certidão positiva e cautelar de prestação de garantia judicial) com o acréscimo de que o sujeito ativo poderá ajuizar execução fiscal e o sujeito passivo poderá requerer a anulação específica do ato jurídico de inscrição em dívida.
- depois do 5.º marco e antes do 6.º, com o protocolo da petição inicial da execução fiscal:
 - podem ser utilizados os mesmos mecanismos processuais descritos no item anterior pelos sujeitos tributários com exceção da execução fiscal que foi instaurada (pelo sujeito ativo: cautelar fiscal;

pelo sujeito passivo: declaratória de inexistência, desconstitutiva de débito ou da inscrição em dívida ativa, mandado de segurança repressivo, cautelares pertinentes, ordinária ou mandado de segurança para obter certidão positiva e cautelar de prestação de garantia judicial).

- depois do 6.º marco e antes do 7.º, com a citação em execução fiscal do sujeito passivo tributário ou seu representante:

- podem ser empregados os mesmos expedientes processuais descritos no item anterior pelos sujeitos tributários (pelo sujeito ativo: cautelar fiscal; pelo sujeito passivo: declaratória de inexistência, desconstitutiva de débito ou da inscrição em dívida ativa, mandado de segurança repressivo, cautelares pertinentes, ordinária ou mandado de segurança para obter certidão positiva e cautelar de prestação de garantia judicial).

- depois do 7.º marco e antes do 8.º, com a constituição de garantia judicial na execução fiscal:

- podem ser utilizados os mesmos veículos processuais descritos no item anterior por ambos sujeitos tributários (pelo sujeito ativo: cautelar fiscal; pelo sujeito passivo: declaratória de inexistência, desconstitutiva de débito ou da inscrição em dívida ativa, mandado de segurança repressivo, ordinária ou mandado de segurança para obter certidão positiva e prestação de garantia judicial) somados à possibilidade de ser franqueado ao sujeito passivo apresentar embargos à execução.

- depois do 8.º marco, com extinção da norma jurídica tributária individual e concreta pela verificação do agente competente de alguma das hipóteses dos incisos do art. 156 do CTN:

- pode o sujeito passivo da norma jurídica tributária revogada pelo pagamento pleitear a condenação do respectivo sujeito ativo a

devolução dos valores que lhe foram pagos a título de tributo, porquanto de tributo não se tratarem, bem como se valer de medida cautelar autônoma para assegurar a satisfação de seu direito repetição, e, usar mandado de segurança para obter certidão negativa.

Imprescindível alertar que se, ante as contingências do caso concreto, após a constituição definitiva da NJT (momento 2.º) e antes de sua extinção (momento 8.º) houver a suspensão da exigibilidade do crédito tributário (art. 151 do CTN) ou ele não estiver vencido, restará franqueado ao sujeito passivo tributário a utilização de mandado de segurança para obtenção de certidão positiva com efeitos de negativa (art. 206 do CTN) caso haja negativa administrativa de sua emissão.

E, dentro desses específicos contextos processuais as garantias judiciais se configurarão, variando suas hipóteses (HsG) conforme o sujeito que solicite sua formação: sujeito ativo tributário, sujeito passivo tributário, órgão jurisdicional e terceiro.

Em relação à prestação de garantia judicial por terceiro em processos tributários, mister advertir que somente o *terceiro interessado* poderá fazê-lo, tal qual aqueles sujeitos afetados pelas regras de responsabilidade tributária de terceiros (arts. 128/135 do CTN), uma vez que o parágrafo único do art. 204 do CTN enuncia proibição de o terceiro desinteressado pretender revogar norma jurídica tributária individual e concreta cadastrada no livro de dívida ativa.

Dessa forma, tal prescrição “assenta a idéia de que, no âmbito das relações tributárias, é necessário que haja interesse jurídico do terceiro para que se proponha a obter a extinção da dívida tributária”²⁴⁵, de modo a se exigir esse *interesse* na apresentação de garantia judicial de cumprimento de NJT, tendo em vista que essa assecuração, em última análise, serve para ensejar a extinção por pagamento da NJT garantida.

²⁴⁵VERGUERIO, Camila Gomes de Mattos Campos. A ação de consignação em pagamento e a extinção do crédito tributário: In: Processo tributário analítico. Coord. Paulo César Conrado. São Paulo : Dialética, 2003, p. 107.

Todavia, para atribuir mais percuciência à investigação doravante pretendida, afigura-se necessário realizá-la em cada um dos mencionados contextos processuais em separado e devidamente identificados.

Assim, arbitrariamente, opta-se por iniciar tal análise pelos exacionais para, então, prosseguir pelos antiexacionais. Senão veja-se:

A) **Cautelar fiscal**:

Identificação: demanda na qual a RJPJC tem o sujeito ativo da NJT como autor (sujeito ativo da RJPJ1) e o respectivo sujeito passivo como réu ou seu RJ (sujeito ativo da RJPJ2), sendo pautada pela combinação das prescrições da Lei n.º 8.397/92 com as do CPC, apresentando como pedido a constrição patrimonial do devedor tributário a fim de assegurar o cumprimento de NJT.

HsG: referem-se (i) à tutela jurisdicional pleiteada pelo autor (medida de urgência autônoma regulada pela Lei n.º 8.397/92 combinada com o Livro III do CPC), (ii) à concessão de antecipação dos efeitos da tutela final (art. 273, *caput* e § 7.º, do CPC), (iii) à substituição da garantia judicial formada em i e ii, a pedido do réu (art. 10.º da referida Lei) ou por determinação do órgão jurisdicional (art. 798 e 799 do CPC).

NJP: é a norma jurídica tributária individual e concreta que se pretende resguardar (NJT).

Solicitação/prestação: em (i) e (ii) a garantia judicial é solicitada apenas pelo autor para ser prestada pelo réu, por seu RJ ou por terceiro interessado, uma vez que o art. 7.º da Lei n.º 8.397/92²⁴⁶ dispensa o sujeito ativo tributário de prestar qualquer garantia judicial para recebimento de medida de urgência incidental, e, em (iii) seu pleito será feito pelo réu ou por terceiro interessado, podendo, ainda, ser determinada pelo órgão jurisdicional, a fim de que seja efetivada por algum dos três primeiros.

²⁴⁶ “Art. 7º O Juiz concederá liminarmente a medida cautelar fiscal, dispensada a Fazenda Pública de justificação prévia e de prestação de caução”.

Observação: afigura-se imperioso esclarecer que relacionado a esse contexto exacional pode surgir pleito antiexacional veiculado em medida de urgência autônoma: referente a atribuição de efeito suspensivo a recurso especial ou extraordinário interpostos contra acórdão que concedeu ou manteve a constrição patrimonial cautelar pleiteada pelo Fisco. Em tal caso a **identificação** da RJPC se dará pelo sujeito passivo da NJT ou seu RJ no pólo ativo da RJPJ1 (autor) e seu respectivo sujeito ativo no pólo ativo da RJPJ2 (reu), sendo as **HsG**: (i) a concessão, manutenção ou substituição de medida de urgência incidental, e, (ii) a própria tutela cautelar autônoma pretendida – ambas para atribuir efeitos suspensivo ao recurso –. Assim, a **NJP** é a NJT cuja vigência quer se suspender. Sua **solicitação** poderá feita pelo sujeito passivo tributário, por seu RJ ou por terceiro interessado autores da cautelar, exigida pelo sujeito ativo tributário como réu desse procedimento ou determinada pelo órgão jurisdicional, a fim de que seja **prestada** pelos primeiros.

B) **Execução fiscal:**

Identificação: apresenta RJPJC na qual o sujeito ativo da NJT seu RJ é o autor (sujeito ativo da RJPJ1) e o seu sujeito passivo ou seu RJ os réus (sujeito ativo da RJPJ2), sendo o procedimento utilizado fruto da compatibilização dos enunciados da Lei n.º 6.830/80 com os do Livro II do CPC e instaurado com o fito de alcançar a satisfação do vínculo jurídico de direito material que une os demandantes (NJT).

HsG: dizem respeito (i) ao interesse do executado ou de terceiro interessado em exercer o direito de pleitear a revogação da norma executada mediante ao ajuizamento de embargos do devedor (§§ do art. 475-J do CPC combinados com a Lei n.º 6.830/80), e, (ii) à intenção do exeqüente em fazer prosseguir o procedimento executivo quando for atribuído efeito *suspensivo* (impeditivo) à medida processual apresentada para revogar a norma jurídica executada (§ 1.º do art. 475-M do CPC).

Observação: vale ressaltar que no presente contexto processual-tributário não há possibilidade de formação de HG pelo sujeito ativo da NJT para prosseguimento do ciclo de positivação executivo em modalidade provisória, na medida em que o título executivo pertinente a tal caso é constituído extrajudicialmente por tal sujeito de direito.

NJP: pode ser (i) a NJT ou (ii) a norma jurídica que determina a reparação financeira do sujeito (o sujeito passivo tributário ou seu RJ) privado de algum bem seu para a satisfação da NJT antes de lhe serem franqueados todos os direitos processuais contidos na prescrição do devido processo legal (combinação do art. 5.º, LV, da CRFB/88 com os arts. 186 e 187 do CC²⁴⁷).

Solicitação/prestação: em (i) o pleito de formação da garantia judicial é realizado pelo réu da execução (sujeito ativo da RJPJ2: sujeito passivo da NJP ou seu RJ), pelo terceiro interessado ou determinado pelo agente jurisdicional e sua prestação, sendo realizada pelos primeiros; em (ii) a formação da garantia pode ser solicitada pelo demandante, pelo demandando ou por terceiro interessado, e, até mesmo, determinada pelo órgão jurisdicional, sendo prestada pelo primeiro ou pelo terceiro.

C) Declaratória de inexistência de relação jurídica tributária e mandado de segurança preventivo:

Identificação: tais processos apresentam RJPJC composta em seu pólo ativo (autor: sujeito ativo da RJPJ1) pelo sujeito passivo de uma virtual NJT ou seu RJ e no pólo passivo (réu: sujeito ativo da RJPJ2) pelo correspondente sujeito ativo tributário, sendo identificados pelo pedido de proibição ao agente fiscal de desenvolvimento do ciclo de positivação de dada norma jurídica tributária geral e abstrata (regra-matiz de incidência) referente à constituição da virtual NJT, e regidos pelos procedimentos, respectivamente, ordinário do CPC e da Lei n.º 1.533/51.

²⁴⁷ “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

“Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

HsG: referem-se a concessão, manutenção ou substituição de medida de urgência incidental (arts. 273, *caput* e § 7.º, 798 e 799, todos do CPC).

NJP: é a possível NJT a ser criada com arrimo na RMIT-paradigma do pleito autoral.

Solicitação/prestação: nessas hipóteses a garantia judicial poderá ser solicitada pelo autor, pugnada pelo réu ou por terceiro interessado, além de poder ser determinada pelo órgão jurisdicional, podendo ser prestada pelo demandante ou por terceiro interessado.

Observação: a ação declaratória de inexistência de relação jurídica tributária pode ser autônoma ou apresentada incidentalmente à outra demanda tributária nos moldes dos arts. 5.º e 325 do CPC²⁴⁸.

D) Desconstitutiva de crédito tributário ou de inscrição em dívida ativa, mandado de segurança repressivo e embargos do devedor em execução fiscal:

Identificação: a RJPJC de tais demandas tem um dado sujeito passivo tributário ou seu RJ como autor (sujeito ativo da RJPJ1) e seu respectivo sujeito ativo como réu (sujeito ativo da RJPJ2), apresentam pleito de revogação da NJT ou da norma que lhe inscreve em dívida ativa, sendo regidas procedimentalmente apenas pelo CPC no primeiro e segundo caso, pela combinação desse Código com a Lei n.º 1.533/51 no terceiro, e, pela Lei n.º 6.830/80 no quarto.

HsG: referem-se a concessão, manutenção ou substituição de medida de urgência incidental (arts. 273, *caput* e § 7.º, 798 e 799, todos do CPC), bem como a atribuição de efeito suspensivo aos embargos do devedor em execução fiscal (§ 1.º do art. 475-M do CPC).

²⁴⁸ “Art. 5º Se, no curso do processo, se tornar litigiosa relação jurídica de cuja existência ou inexistência depender o julgamento da lide, qualquer das partes poderá requerer que o juiz a declare por sentença”.

“Art. 325. Contestando o réu o direito que constitui fundamento do pedido, o autor poderá requerer, no prazo de 10 (dez) dias, que sobre ele o juiz profira sentença incidente, se da declaração da existência ou da inexistência do direito depender, no todo ou em parte, o julgamento da lide (art. 5º)”.

NJP: é a NJT.

Solicitação/prestação: em todos os casos o oferecimento da garantia judicial pode ser feito pelo autor, pedido pelo réu ou terceiro interessado e até mesmo determinado pelo órgão jurisdicional, podendo ser prestada pelo demandante ou por terceiro interessado.

E) Condenatória de repetição de indébito:

Identificação: em tais situações a RJPJC traz como autor (sujeito ativo da RJPJ1) o sujeito passivo tributário ou seu RJ e como réu (sujeito ativo da RJPJ2) o equivalente sujeito passivo tributário, veiculando pedido de constituição de norma jurídica prescribente da devolução de valores dinamicamente pagos como tributo, mas que, posterior e estaticamente, não o são assim considerados (Seção, III, Capítulo III, Título III, Livro Segundo, do CTN), tendo seu procedimento regulado pelo Livro I do CPC.

HsG: tratam de concessão, manutenção ou substituição de medida de urgência incidental (arts. 273, *caput* e § 7.º, 798 e 799, todos do CPC).

NJP: a norma jurídica que determina ser obrigatória a utilização do devido processo legal para ser lícito privar dado sujeito (*in casu*, o sujeito ativo tributário ou seu RJ) da fruição de um bem jurídico seu (art. 5.º, LV, da CRFB/88 e arts. 186 e 187 do CC), tendo em vista que a NJT cujo pagamento alega-se ter gerado o indébito era dotada de presunção de validade.

Solicitação/prestação: a prestação da garantia judicial poderá ser pleiteada pelo autor ou oferecida por terceiro interessado, exigida pelo réu ou pelo órgão jurisdicional, podendo ser prestada pelos dois primeiros.

F) Consignação em pagamento:

Identificação: a RJPJC de tal processo apresenta o sujeito passivo tributário ou seu RJ como autor (sujeito ativo da RJPJ1) e o correlato sujeito passivo como réu (sujeito ativo da RJPJ2), apresentando pedido de determinação de pagamento da NJT mediante entrega dos valores em juízo a fim de evitar

mora tributária; seu procedimento é enunciado no CPC, Livro IV, Título I, Capítulo I e no art. 164 do CTN²⁴⁹.

HsG: em tal contexto processual não há formação de garantia processual, uma vez que, conforme o art. 156, VII, do CTN²⁵⁰, a consignação em pagamento enseja a extinção da NJT.

NJP: não há.

Solicitação/prestação: não há.

G) Cautelares pertinentes aos processos antiexacionais:

Identificação: apresentam RJPJC em que é autor (sujeito ativo da RJPJ1) o sujeito passivo da NJT ou seu RJ e réu (sujeito ativo da RJPJ2) o sujeito ativo da NJT, veiculando pedidos que assegurem (i) a possibilidade de realização da formulação normativa deduzida no feito principal ou (ii) a efetivação da unidade jurídica nele pleiteada para: evitar a formulação da NJT (C), revogá-la ou revogar sua inscrição em dívida ativa (D), receber a repetição de indébito por ela gerado (E), ou, (F) garanti-lhe o pagamento. São desenvolvidas com base em algum dos procedimentos do Livro III do CPC, determinados conforme sejam as particularidades do caso concreto a ser subsumido (exibição de provas, arresto, seqüestro, cautelar inominada para atribuição de efeitos suspensivo/ativo a recurso especial ou extraordinário etc).

HsG: são relativas: (i) a própria tutela jurisdicional pleiteada pelo demandante (medida de urgência autônoma regulada pelo Livro III do CPC), (ii) a concessão ou manutenção de medida de urgência incidental (tutela

²⁴⁹ “Art. 164. A importância de crédito tributário pode ser consignada judicialmente pelo sujeito passivo, nos casos: I - de recusa de recebimento, ou subordinação deste ao pagamento de outro tributo ou de penalidade, ou ao cumprimento de obrigação acessória; II - de subordinação do recebimento ao cumprimento de exigências administrativas sem fundamento legal; III - de exigência, por mais de uma pessoa jurídica de direito público, de tributo idêntico sobre um mesmo fato gerador. § 1º A consignação só pode versar sobre o crédito que o consignante se propõe pagar. § 2º Julgada procedente a consignação, o pagamento se reputa efetuado e a importância consignada é convertida em renda; julgada improcedente a consignação no todo ou em parte, cobra-se o crédito acrescido de juros de mora, sem prejuízo das penalidades cabíveis”.

²⁵⁰ “Art. 156. Extingue-se o crédito tributário: (...) VIII – a consignação em pagamento nos termos do dispositivo no § 2.º do art. 164; (...)”.

antecipada do art. 273, *caput* e § 7.º, do CPC), e, (iii) a substituição de ambas (arts. 798 e 799 do CPC).

NJP: variará conforme o processo principal e as contingências do caso concreto, podendo ser, via de regra: (1) a virtual NJT a ser constituída a partir da RMIT, quando referir-se a declaratória de inexistência de relação jurídica tributária ou a mandado de segurança preventivo (item C); (2) a NTJ, quando disser respeito a demanda desconstitutiva de crédito tributário ou de inscrição em dívida ativa, a mandado de segurança repressivo, aos embargos do devedor em execução fiscal e à consignação em pagamento (item D e F); e, (3) a norma que garante direito de ser indenizado pela ilícita privação de bens jurídicos, quando tocar respeito à condenatória de repetição de indébito (item E).

Solicitação/prestação: em (i) a constituição será pleiteada pelo autor ou por terceiro interessado para ser prestada por qualquer deles; em (ii) a formação da garantia pode ser pedida pelo autor, solicitada pelo réu, pleiteada por terceiro interessado ou ordenada pelo órgão jurisdicional, sendo a prestação de seu bem-objeto realizada pelo demandante ou pelo terceiro interessado; já em (iii) a garantia poderá ser pleiteada pelo autor, pelo réu, por terceiro interessado ou imputada pelo agente jurisdicional, sendo sua efetivação realizada pela parte beneficiada com a manutenção ou substituição da medida de urgência ou pelo terceiro interessado.

H) Ordinária ou mandado de segurança para emissão de certidão fiscal:

Identificação: demanda na qual a RJPJC tem o sujeito passivo da NJT ou seu RJ como autor (sujeito ativo da RJPJ1) e o respectivo sujeito ativo como réu (sujeito ativo da RJPJ2), apresentando como pedido de expedição ordem para que o sujeito ativo tributário emita certidão acerca do *estado de adimplemento fiscal* do demandante ou daquele do qual ele é RJ.

HsG: não há, muito embora possa se conjecturar a concessão ou manutenção de antecipação de tutela, que não o são por conta da ausência

de dever/direito a ser garantido, pois a expedição do documento não gerará qualquer prejuízo jurídico ao sujeito ativo tributário.

NJP: não há, porque nas suposições acima a NJP protegida é aquela que garante o cumprimento da reparação por dano advindo da revogação da medida de urgência incidental, e, caso isso ocorra no presente contexto processual, não haverá prejuízo ilícito para o titular do dever de emitir as certidões, que deve fazê-lo ante a qualquer requisição (art. 5.º, XXXIV, *b*, da CRFB/BB).

Solicitação/prestação: não há.

I) Cautelar de prestação de garantia judicial para obtenção de certidão positiva de débito tributário com efeitos de positiva:

Identificação: demanda na qual a RJPJC tem o sujeito passivo da NJT, seu RJ ou terceiro interessado como autores (sujeito ativo da RJPJ1) e o respectivo sujeito ativo como réu (sujeito ativo da RJPJ2), apresentando como pedido a constituição de garantia judicial acerca de crédito tributário definitivo para obtenção de certidão positiva de débito tributário com efeitos de negativa nos moldes do art. 206 do CTN.

NJP: é a NJT.

HsG: dizem respeito: (i) à própria tutela jurisdicional pleiteada por seu autor (medida de urgência autônoma regulada pelo Livro III do CPC), (ii) à concessão ou manutenção de medida de urgência incidental (tutela antecipada do art. 273, *caput* e § 7.º, do CPC), e, (iii) à substituição do objeto de ambas (arts. 798 e 799 do CPC).

Solicitação/prestação: em (i) a garantia judicial pode ser solicitada pelo autor ou por terceiro interessado a fim de que seja prestada por qualquer deles; em (ii) ela pode ser solicitada pelo autor, pugnada pelo réu, apresentada por terceiro interessado ou determinada pelo órgão jurisdicional, sendo sua prestação realizada pelo demandante ou pelo terceiro interessado; já em (iii) sua formação poderá ser pleiteada pelo autor, pelo réu ou terceiro

interessado, além de poder ser ordenada pelo órgão jurisdicional, sendo a apresentação dos bens a serem constritos realizada pela parte que prestou a garantia anterior ou pelo terceiro interessado.

Portanto, diante do exposto, verifica-se que a formação de garantia judicial tributária, conforme sua HG, ora se afigura como um direito sujeito do ativo da NJT (em A e B.i), ora se perfaz como um direito do sujeito passivo tributário (B.ii, C, D, E, F, G, H e I)²⁵¹.

Não sendo demais lembrar que, por força do art. 7.º da Lei n.º 8.397/92, somente em B.ii o sujeito ativo tributário prestará a garantia, pois, nos demais casos ela é efetivada pelo sujeito passivo da NJT ou pelo terceiro interessado.

3.5.2) Constituição

Com a configuração das mencionadas HsG tributárias será apresentado ao órgão jurisdicional um dado bem acerca do qual se realizará um *juízo de suficiência* para servir de objeto de garantia judicial dessa estirpe, uma vez que em tais casos a NJP encerra relação jurídica continente de objeto expresso em dinheiro (NJT em A, B.i, C, D, F, G.1, G.2, G.4 e H; a norma jurídica que obriga a indenização de

²⁵¹ “TRIBUTÁRIO E PROCESSO JUDICIAL TRIBUTÁRIO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. DEPÓSITO DO MONTANTE INTEGRAL. ARTIGO 151, II, DO CTN. AJUIZAMENTO DE AÇÃO CAUTELAR DE DEPÓSITO. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PRESCINDIBILIDADE. FUMUS BONI IURIS DESVINCULADO DO MÉRITO DA AÇÃO PRINCIPAL. 1. O fumus boni iuris ensejador da concessão da cautelar incidental de depósito previsto no artigo 151, II, do CTN, causa suspensiva da exigibilidade do crédito tributário, não reside na relevância da pretensão contida na ação principal, mas, sim, na possibilidade jurídica da medida assecuratória pleiteada. 2. O depósito, em dinheiro, do montante integral do crédito tributário controvertido, a fim de suspender a exigibilidade do tributo, constitui direito subjetivo do contribuinte, prescindindo de autorização judicial e podendo ser efetuado nos autos da ação principal (declaratória ou anulatória) ou via processo cautelar, nada obstante o paradoxo defluente da ausência de interesse processual no que pertine ao pleito acessório (Precedentes desta Corte: REsp 697370/RS, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, publicado no DJ de 04.08.2006; REsp 283222/RS, Relator Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, publicado no DJ de 06.03.2006; REsp 419855/SP, Relator Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, publicado no DJ de 12.05.2003; e REsp 324012/RS, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, publicado no DJ de 05.11.2001).(…)” (STJ, REsp, 466362/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Publicado no DJ de 29/03/2007).

sujeito cujo patrimônio foi ilicitamente constricto em função do cumprimento de NJT em A-observação, B.ii e E; e, a norma que estipula reparação patrimonial do Fisco por indevida constrição patrimonial por repetição de indébito de NJT em G).

Nessa vereda, tal qual descrito em 3.4.2, a ponderação sobre o bem apresentado corresponde: (i) qualitativamente, à sua exeqüibilidade, e, (ii) quantitativamente, ao seu valor financeiro.

Diante desse panorama, tendo em vista que a transferência patrimonial do objeto da garantia judicial pelo órgão jurisdicional é o escopo de tal medida processual, como atestado em 3.4.2, os bens que podem servir a tal fim são aqueles classificados pelo direito positivo como passíveis de sofrerem execução judicial: os alienáveis e os penhoráveis (arts. 648, 649 e 650, todos do CPC).

Por isso, somente os bens dominicais podem ser oferecidos para formar garantia judicial pelo sujeito ativo tributário, na medida em que os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis (art. 98/103 do CC²⁵²).

Já o sujeito passivo tributário ou o terceiro interessado podem oferecer qualquer um de seus bens para assegurar o cumprimento de dada NJP, desde que possam ser eles transferidos por seus proprietários (alienáveis) ou por agentes jurisdicionais (penhoráveis) e sejam respeitadas as possibilidades do art. 9.º e a ordem de preferência do art. 11, ambos da Lei n.º 6.830/80²⁵³: diploma legal que

²⁵² “Art. 98. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito publico interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem”.

Art. 99. São bens públicos: I – os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças; II – os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias; III – os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito publico, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada umas dessas entidades. Parágrafo único. Não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado”.

“Art. 100. Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem sua qualificação, na forma que a lei determinar”.

“Art. 101. Os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei”.

“Art. 102. Os bens públicos não estão sujeitos a usucapião”.

“Art. 103. O uso comum dos bens públicos pode ser gratuito ou retribuído, conforme for estabelecido legalmente pela entidade a cuja administração pertencerem”.

²⁵³ “Art. 9º - Em garantia da execução, pelo valor da dívida, juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa, o executado poderá: - efetuar depósito em dinheiro, à ordem do Juízo em estabelecimento oficial de crédito, que assegure atualização monetária; II -

disciplina a execução judicial da dívida ativa da União, dos Estados, dos Municípios e de suas respectivas autarquias.

Além disso, especialmente em relação às garantias judiciais tributárias, a suficiência do bem oferecido como seu objeto depende de um terceiro requisito: (iii) possibilidade jurídica de correlacioná-lo aos efeitos jurídicos pretendidos com sua prestação; que podem ser (os efeitos):

- pleiteados pelo sujeito ativo tributário: (iii.1) assegurar o cumprimento de NJT ou (iii.2) fazer avançar a parcela executivo-jurisdicional do ciclo de posituação da NJT (execução fiscal) suspensa pelo ajuizamento de embargos do devedor nos termos do art. 739-A do CPC; e,
- pugnados pelo sujeito passivo tributário: (iii.3) suspender a exigibilidade do crédito tributário (NJT), (iii.4) suspender a exeqüibilidade da NJT sem suspender sua exigibilidade, ou , (iii.5) obter certidão positiva de débito tributário com efeitos de negativa.

Por esse giro, dentro da realidade do direito positivo em análise, as providências jurisdicionais acima descritas podem ser divididas entre: as que não precisam ser garantidas para serem concedidas (iii.1), as que somente podem ser garantidas por dinheiro (iii.3), e, as que podem ser garantidas por bens não-monetários (iii.2, iii.4 e iii.5).

Essa distinção deve-se às prescrições do art. 7.^o da Lei n.º 8.397/92 para iii.1 e do art. 38 da Lei n.º 6.830/80 para iii.3, haja vista que a regência de iii.2, iii.4 e iii.5 dá-se pelas regras ordinárias de prestação de garantia (3.4.2).

A situação de iii.1 se configura por conta de o art. 7.^o da Lei n.º 8.397/92 dispensar o sujeito ativo da NJT de prestar garantia judicial para obter medida de urgência

oferecer fiança bancária; II - nomear bens à penhora, observada a ordem do artigo 11; ou V - indicar à penhora bens oferecidos por terceiros e aceitos pela Fazenda Pública”.

“Art. 11. A penhora ou arresto de bens obedecerá à seguinte ordem: I – dinheiro; II – título da dívida pública, vem como título de crédito, que tenham cotação em bolsa; III – pedras e metais preciosos; IV – imóveis; V – navios e aeronaves; VI – veículos; VII – móveis e semoventes; e”, VIII direitos e ações.

incidental, podendo ser sua prescrição estendida para o provimento final de tal tutela.

Já o caso de iii.3 descreve situação decorrente da prescrição do art. 38 da Lei n.º 6.830/80, que enuncia a necessidade de formação de garantia judicial monetária integral do débito tributário para pleitear jurisdicionalmente a revogação da NJT inscrita em dívida ativa.

Não obstante a impressão inicial de tal enunciado legal, sua harmonização o art. 5.º, XXXV, da CRFB/88 e o art. 151, II, do CTN, impõe entendimento de que a constituição dessa garantia judicial tributária serve apenas para suspender a exigibilidade do crédito tributário, não se configurando como um pressuposto processual específico das demandas tributárias de caráter desconstitutivo da NJT ou da norma que lhe inscreva no livro de dívida ativa do sujeito ativo tributário (Súmula 112 do STJ).

Portanto, o depósito em dinheiro do total do valor apontado pelo sujeito ativo tributário como devido apresenta-se como objeto de garantia judicial autorizadora da constituição de medida de urgência que introduza norma jurídica suspensiva da exigibilidade do crédito tributário (art. 151, II, do CPC). Não obstante, possa ser deferida decisão desse naipe e com esse conteúdo sem prestação de garantia: arrimada nos incisos IV e V do art. 151 do CTN.

Nas demais hipóteses, os fins pretendidos podem ser alcançados pela formação de garantia judicial sobre bens não-financeiros, que:

- em iii.2, será prestada na demanda de execução fiscal suspensa por apresentação de embargos do devedor nos moldes do art. 739-A, § 1.º, do CPC, e, permitirá o prosseguimento de tal *iter* jurisdicional-executivo em virtude da possibilidade prevista no art. 475-M, § 1.º, do CPC;
- em iii.4, será formada na própria execução fiscal, ensejando a suspensão da exeqüibilidade da NJT – do processo no qual é perseguida – quando tal garantia for concomitante com: 1) embargos do devedor ou demanda que possua a mesma causa de pedir (*declaratória* de inexistência NJT,

Mandado de segurança repressivo ou desconstitutiva de NJT ou da inscrição em dívida)²⁵⁴ ambos preenchedores dos requisitos do art. 739-A, § 1.º, do CPC, ou, 2) algum processo que lhe sejam prejudicial²⁵⁵; e,

- em iii.5, será formada pela penhora em execução fiscal ou em demanda instaurada para tanto, implicando na obtenção de ordem jurisdicional que determine a expedição de certidão positiva de débito tributário nos termos do art. 206 do CTN.

Grife-se que as conseqüências relacionadas em iii.4 (suspensão da execução fiscal) e iii.5 (obtenção de certidão positiva com feitos de negativa) são igualmente alcançadas pela configuração da garantia de iii.3 (depósito em dinheiro), uma vez que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário faz paralisar o feito executivo por ilicitude da cobrança ali perpetrada e assegura ao sujeito passivo o recebimento do referido documento fiscal (art. 206 do CTN)²⁵⁶.

No tocante aos objetos passivos de serem apresentados para penhora fiscal (iii.4) e para obtenção de certidão fiscal (iii.5), cabe tratar das situações em que o sujeito passivo tributário ou seu RJ oferecem como tal: fiança bancária, percentual de seu faturamento ou precatório como objeto de garantia judicial, uma vez que a suspensão de exigibilidade do crédito tributário por prestação de garantia judicial (iii.3) deve sempre ser feita em depósito integral em dinheiro.

Em relação à fiança bancária não há maiores problemas acerca de sua aptidão jurídica para servir como garantia judicial de NJT, seja para formar originariamente garantia judicial ou para substituir uma já existente, na medida em que, além de se facilmente conversível em pagamento em dinheiro, resta autorizada pelos art. 9.º, II, e, pelo art. 15, I, ambos da Lei n.º 6.830/80.

O único ponto que poderia ensejar divergência nesse assunto reside na possibilidade de o órgão jurisdicional aceitar a fiança bancária sem a anuência do exeqüente.

²⁵⁴ Ver no STJ: CC 89267/SP e AgRg no AgRg no Ag 790588/RS.

²⁵⁵ Acerca da relação entre demandas e flexibilização procedimental, ver: OLIVEIRA. Bruno Silveira. *Conexidade e efetividade processual*. São Paulo : RT, 2007.

²⁵⁶ Ver, por serem mais recentes: REsp 789732/RS, REsp 833081/SP, AgRg no REsp 980536/SP.

Entretanto, tendo em vista a obrigação jurisdicional de proporcionar a menor constrição patrimonial possível do executado (art. 620 do CPC²⁵⁷) e a conversibilidade imediata em pecúnia da fiança bancária, afigura-se lícito a constituição de fiança bancária como garantia judicial tributária. Posicionamento esse atualmente adotado pelo Superior Tribunal de Justiça²⁵⁸.

Igualmente lícita é a constituição de faturamento de empresa como garantia judicial tributária, ante a previsão genérica dos arts. 677/679 do CPC e a específica do § 1.º do art. 11 da Lei n.º 6.830/80²⁵⁹, que, por sua vez, frisa o caráter excepcional de tal oferecimento.

Assim, os proventos periodicamente gerados pelo desenvolvimento da atividade econômica do sujeito passivo tributário ou do terceiro interessado podem ser transformados em garantia judicial de cumprimento de NJT na falta dos demais.

No que toca respeito ao oferecimento de precatório como garantia judicial tributária, os pretórios nacionais vem consolidando sua possibilidade ante a penhorabilidade de tais créditos (transferência judicial) mesmo quando: (i) o precatório é referente a sujeito de direito público diferente do sujeito ativo da NJT a ser garantida²⁶⁰, (ii) adveio da violação de norma jurídica não-tributária (v.g.: ilícito civil)²⁶¹, ou, (iii) foi adquirido por cessão conforme as formalidades da legislação civil²⁶².

Todavia, situações há em que o precatório é rejeitado porquanto ser de baixa liquidez ou por ter seu fundamento de validade declarado inconstitucional posteriormente a sua constituição, afetando-lhe a certeza.

A primeira hipótese de não-aceitação somente é suficiente para afastar a exeqüibilidade do precatório quando a rejeição for promovida por sujeito de direito público (exeqüente) diverso daquele que o emitiu e a quem é oferecido como bem

²⁵⁷ “Art. 620. Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor”.

²⁵⁸ Ver, entre os mais atuais: Resp 1033511/SP, AgRg no REsp 899928 / MG e REsp 1022291/SP.

²⁵⁹ “Art. 11. (...) § 1.º. Excepcionalmente, a penhor poderá recair sobre estabelecimento comercial. Industrial ou agrícola, bem como em plantações ou edifícios em construção”.

²⁶⁰ Vide no STJ: REsp 938087/RS e REsp 1023382/RS.

²⁶¹ Vide no STJ: REsp 365095/ES

²⁶² Vide no STJ: REsp 721423 / SP

garantidor de execução, tendo em vista que, quando o exeqüente rejeita precatório de sua responsabilidade, a ausência de liquidez do título é oriunda do atraso de pagamento por ele gerado; sendo-lhe vedado aproveitar-se de ato ilícito de sua autoria²⁶³.

Mais delicada e recente é a questão da penhorabilidade de precatórios derivados de decisão judicial que, posteriormente ao trânsito em julgado, tenham seu fundamento de validade revogado por inconstitucionalidade (controle concentrado) ou apontado como tal em um caso concreto (controle difuso), retirando-lhes, em ambos casos, a certeza.

O surgimento de tal *quaestio iuris* derivou da assunção do entendimento jurisprudencial pela licitude de revogação de norma jurídica individual e concreta transitada em julgado sob o argumento de sua incompatibilidade com a CRFB/88, e, ganhou respaldo jurídico expresso com a norma jurídica introduzida pela Lei n.º 11.232/2005 que alterou a redação do art. 741, parágrafo único, do CPC²⁶⁴, determinando a inexigibilidade de título executivo cujo fundamento de validade tenha sido declarado inconstitucional pelo STF²⁶⁵.

Em ambos casos a revogação é teoricamente fundamentada pela categorização da compatibilidade da norma com a CRFB/88 como requisito de validade (pertinência semântica).

Não obstante qualquer juízo meta-jurídico sobre o posicionamento apontado, a licitude da revogação por inconstitucionalidade de norma jurídica transitada em julgado apresenta-se como *dado do direito positivo* em análise, acabando por afetar a certeza de seu crédito, e, conseqüentemente, sua conversibilidade em

²⁶³ Vide REsp 954543/RS e AgRg no REsp 803069/SP.

²⁶⁴ “Art. 741. (...) Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal”.

²⁶⁵ Há posicionamento do STJ de que a aplicação da determinação do art. 741, parágrafo único do CPC, somente pode ocorrer sobre normas jurídicas transitadas em julgado após a aquisição de vigor do referido preceito legal. Ver: EREsp 806407/RS, REsp 970816/RS e REsp 883338/AL..

pecúnia (liquidez). Razão pela qual sua recusa é lícita com arrimo no art. 656, IV e V, do CPC²⁶⁶⁻²⁶⁷.

Assim, em tese é lícito o oferecimento de precatório para servir como objeto de garantia judicial tributária, dependendo sua aceitação *in concreto* da análise das circunstâncias específicas pertinentes sobre a certeza e a liquidez do crédito que lhe é conteúdo.

Por fim, constatando ser suficiente o bem apresentado em juízo, o agente jurisdicional o juridicizará como *garantia judicial*, formalizada pelo ato que: (a) constate a efetivação do depósito do bem se ele for móvel não-financeiro ou dinheiro²⁶⁸, (b) aceite a prestação do capital constituído, da fiança bancária, do seguro garantia judicial, da garantia real (imóvel) ou de outro qualquer direito, ou (c) constitua sobre ele penhora, arresto, seqüestro ou outra constrição cautelar inominada.

Cabe, ainda, apontar haver uma situação em que a *garantia judicial tributária* não é formada por um único ato jurisdicional, tal qual ocorre nas demais, mas, sim, por um conjunto deles.

Tal ocorre com o depósito judicial dos valores atinentes às prestações de parcelamento administrativo-tributário (regulado pela Lei n.º 9.703/1998) nos mesmos instantes em que seriam entregues ao sujeito ativo tributário, de forma a manter a suspensão da exigibilidade do crédito tributário pelo art. 151, VI, do CTN, mesmo quando tais quantias fossem entregues em juízo.

A licitude de tal conduta arrima-se no entendimento de que o parcelamento se mantém válido mesmo com o ingresso em juízo do sujeito passivo tributário.

Sobre a conservação de validade do parcelamento administrativo-tributário após o questionamento judicial do crédito tributário parcelado pelo sujeito passivo

²⁶⁶ “Art. 656. A parte poderá requerer a substituição da penhora: (...) IV - se, havendo bens livres, a penhora houver recaído sobre bens já penhorados ou objeto de gravame; V - se incidir sobre bens de baixa liquidez; (...).

²⁶⁷ Ver no STJ: Resp 982972/ES.

²⁶⁸ Insta frisar que pelo art. 82 da Lei Ordinária Federal n.º 10.406/2002 enquadram-se sob a rubrica *bens móveis* aqueles outrora denominados de *semoventes* pela legislação cível pretérita.

tributário ou seu RJ, pronunciam-se TAREK MOYSÉS MOUSSALLEM e OSLY FERREIRA NETO²⁶⁹:

Na situação em que o contribuinte obtém o parcelamento de dívida constituída contra si, mas pretende discutir judicialmente o montante ou a própria dívida, ele possui o direito subjetivo de depositar as parcelas controversas em juízo, independente da verossimilhança de suas alegações ou da existência de perigo de grave lesão.

Tal sistemática não traz qualquer prejuízo financeiro à União Federal, pois os depósitos judiciais são feitos diretamente na Conta Única do Tesouro Nacional, e põe o contribuinte em relação de igualdade ao ente federado, uma vez que julgada procedente sua pretensão, o dinheiro poderá ser levantado em 24 (vinte e quatro) horas.

O depósito judicial das parcelas em juízo é apenas forma de assegurar a suspensão da exigibilidade do crédito tributário que, com o perdão da redundância, já se encontra suspensa pelo parcelamento.

A não admissão do depósito cria uma situação de desequilíbrio, pois caso a cobrança do tributo seja indevida, o contribuinte apenas poderá ser ressarcido após o trânsito em julgado de uma ação de repetição de indébito seguido de um longo e penoso processo de execução por precatórios.

Assim, conservando-se juridicamente intacto o parcelamento, mantém-se também seu efeito suspensivo da exigibilidade do crédito tributário, implicando no fato de que, tendo o sujeito ativo tributário aceitado recebê-los mediante tal forma de quitação, a quantia tributária exigida do sujeito passivo é aquela referente à cada prestação.

Isso importa na constatação de que o depósito mensal de débito tributário parcelado equivale ao *depósito integral* da exação exigível no período mensaç.

Acerca desse posicionamento, manifesta-se LEANDRO PAULSEN²⁷⁰:

De fato, tendo obtido o parcelamento e o estando cumprindo regularmente, tem o contribuinte o dever de quitar sua dívida de forma parcelada e não lhe pode ser exigido mais que o montante de cada parcela, mês a mês. Assim e partindo-se do pressuposto de que não se pode punir o contribuinte pelo exercício de um direito, como também ressaltado nos precedentes atinentes à denúncia espontânea, tem-se que, na hipótese de parcelamento em curso, bastará o periódico depósito integral das parcelas para que se obtenha a suspensão da exigibilidade do crédito.

²⁶⁹ MOUSSALLEM, Tarek Moysés. FERRREIRA NETO, Oslly. Parcelamento e depósito judicial das parcelas: o depósito judicial das parcelas suspende ou não a exigibilidade do crédito tributário? Texto inédito.

²⁷⁰ PAULSEN, Leandro. Direito tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 8.^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 1106.

Por outro espectro, pode-se entender que o *quantum* depositado parceladamente em juízo afigura-se como requisito de concessão e/ou manutenção de medida de urgência deferida em seu favor para suspender a exigibilidade do crédito tributário com fundamento nos incisos IV ou V do art. 151 do CTN. Valendo salientar que em tal caso a suspensão da exigibilidade do crédito tributário não decorre da formação da garantia *per se*, mas, do deferimento da medida de urgência.

Dessa forma, o depósito periódico dos valores parcelados servirá como forma de resguardar (garantia) a irreversibilidade da medida de urgência que determine a suspensão da exigibilidade do crédito tributário (art. 151, IV e V, do CTN), não sendo, por essa ótica, fato jurídico suficiente para configurar hipótese normativa de supressão temporária de exigibilidade tributária, mas, um pressuposto de uma delas.

Assim, por um ou outro ponto de vista, nos casos de depósito judicial de parcelamento, ter-se-á excepcional formação periódica de garantia judicial tributária.

3.5.3) Conseqüências da constituição

Constituída *in concreto* a garantia judicial tributária (NJGT), o direito positivo a toma como hipótese normativa de outras unidades jurídicas.

Um efeito jurídico da constituição da NJGT, e o mais relevante deles, atina a potencia de a garantia judicial gerar unidade normativa que evite, suspenda ou interrompa os efeitos do inadimplemento tributário: a mora.

Conforme explanado no item 3.4.3, em regra, as garantias judiciais não possuem esse condão porquanto não ensejarem a transferência de seus objetos para o patrimônio jurídico dos sujeitos titulares dos direitos correspondentes que asseguram, ou seja, não há pagamento: hipótese determinante do inadimplemento (art. 389 do CC).

Tal orientação se aplica plenamente às garantias judiciais tributárias formadas sobre objetos não-monetários (situações iii.2, iii.4 e iii.5 do item anterior). De modo que o *quantum* do débito exacional, por ser monetário, continua sofrendo os efeitos da incidência das normas jurídicas prescribentes das conseqüências financeiras da mora tributária enquanto não houver a extinção do vínculo jurídico que garante (NJT).

No entanto, em relação àquelas garantias judiciais tributárias prestadas em dinheiro (iii.3 do tópico anterior) a conclusão é diferente, tendo em vista que, segundo os incisos II e VI do art. 151 do CTN, o depósito integral do débito tributário ou das prestações do parcelamento administrativo suspendem a exigibilidade do crédito tributário.

E, se suspenso está o direito do sujeito ativo tributário cobrar o *quantum* fiscal porquanto depositados em juízo os valores exigíveis, da mesma forma se encontram os efeitos atribuídos à situação de inadimplência fiscal do sujeito passivo. Razão pela qual não podem ser utilizados ou mantidos quaisquer meios de cobrança administrativa (inscrição em cadastro negativo)²⁷¹ ou judicial²⁷² contra ele, ou, ser-lhe cobrado algum encargo jurídico-financeiro pelo seu não pagamento²⁷³.

Entretanto, como a realização do depósito judicial perpetua o inadimplemento fiscal, na medida em que o sujeito ativo tributário permanece com seu direito não-cumprido, continuam sendo-lhe devidos os consectários financeiros da mora tributária.

Por esse veio, a compatibilização de tais posicionamentos aparentemente contraditórios é feita pela introdução nesse cenário da figura do depositário judicial, no caso: a instituição financeira para a qual a quantia tributária litigiosa foi entregue.

²⁷¹ Vide, por serem mais recentes: EDcl no AgRg no REsp 977722/SP e AgRg no REsp 980536/SP.

²⁷² Ver no STJ: AgRg no REsp 924390/RS.

²⁷³ Ver no STJ: REsp 734248 / PB, em que a irregularidade do depósito ensejou a responsabilidade do depositante pelos encargos de mora.

Assim, com a formação da garantia judicial tributária *depósito* permanece a condição de mora, e, portanto, a atuação de seus consectários financeiros. Porém, seu pagamento passa a ser dever do sujeito depositário do *quantum* fiscal e não mais do sujeito passivo da NJT (vide item 3.4.3).

Também acerca da utilização dos métodos de cobrança (avanço do ciclo de positivação) variam os efeitos da prestação de garantia tributária conforme seu conteúdo: se seu objeto for não-monetário resta suspensa a via administrativa (art. 7.º da Lei n.º 10.522/2002: suspensão de inscrição no CADIN) e aberta a via judicial – até mesmo porque a ausência de tal cobrança acarreta na extinção da NTJ por prescrição (art. 156, V, do CTN) – ; se o bem for monetário, por força da suspensão da exigibilidade do crédito tributário (art. 151, II, do CTN), quedarão bloqueadas ambas searas de cobrança.

Não é demais lembrar que na órbita tributária federal tal questão, não obstante apresente a mesma fenomenologia jurídica, perde sentido pragmático, pois, com o advento da Lei n.º 9.703/1998, os depósitos judiciais passaram a ser corrigidos pelo mesmo índice financeiro que o são os débitos tributários devidos à União Federal: taxa SELIC, independentemente da instituição financeira que receba o depósito²⁷⁴.

Acerca do tema o Superior tribunal de Justiça se pronuncia:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. DEPÓSITO JUDICIAL. TAXA SELIC.

1. Discussão entre as partes acima identificadas sobre a correção monetária e os juros aplicáveis aos depósitos judiciais tributários.
2. Jurisprudência do STJ no sentido de que deve ser aplicada, no caso, a taxa Selic, independentemente do banco que recebe a operação.
3. Acórdão precedente:

PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. SÚMULA 179/STJ. TAXA SELIC. INAPLICABILIDADE DEPÓSITO JUDICIAL REALIZADO EM PERÍODO ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI Nº 9.703/98. PRECEDENTES.

²⁷⁴ Tal iniciativa da União Federal foi seguida por diversos Estados-membros que criaram legislação para instituir a denominada "Conta Única de Depósitos Judiciais".(por exemplo: Lei n.º 15.010/2004 de Goiás, Lei n.º 12.643/1996 de Ceará).Contudo, em 16/05/2008 foi publicado no DJE acórdão da ADI 3.458, relatada pelo Min. Eros Grau, que considerou inconstitucional a Lei n.º 15.010/2004 de Goiás sob o argumento de que a iniciativa de lei para disciplinar os depósitos judiciais não compete ao chefe do Executivo por ausência de previsão do Judiciário em do art. 61, § 1.º, da CRFB/88.

1. A instituição financeira depositária é responsável pelo pagamento da correção monetária sobre os valores recolhidos a título de depósito judicial. Incidência da Súmula n.º 179/STJ: "O estabelecimento de crédito que recebe dinheiro, em depósito judicial, é que responde pelo pagamento da correção monetária relativa aos valores recolhidos."
2. A Taxa SELIC, como forma de correção monetária dos depósitos judiciais e extrajudiciais, somente incide após o advento da Lei 9.703 de 17/11/1998. Precedentes: REsp 750030/RS DJ 29.06.2007; Resp 795385 DJ 26.02.2007, EDcl no RMS 17976/SC, DJ de 26/09/2005, REsp 769766/SC, DJ de 19/12/2005, REsp 817038/RJ, DJ de 0/03/2006.
3. In casu, à luz do princípio tempus regit actum, não incide a Taxa SELIC sobre a correção dos depósitos judiciais realizados entre 03/94 a 01/95, período anterior à vigência da Lei nº 9.708/98, que previu sua aplicação, consoante se extrai do seu artigo 4º, verbis: "Esta lei entra em vigor na data da sua publicação, aplicando-se aos depósitos efetuados a partir de 1º de dezembro de 1998."
4. Recurso especial desprovido.
(STJ, REsp 936184/AL, Rel. Min. José Delgado, publicado no DJ de 24/04/2008).

Importante frisar que os casos em análise, por haver depósito dos valores apontados como devidos pelo sujeito ativo tributário, não possuem pertinência com o enunciado da Súmula 405 do Supremo Tribunal Federal²⁷⁵.

E, tal qual as garantias em geral, aquela apresentada para guarnecer o cumprimento de NJT também podem ser cadastradas nos órgãos de registros de seus bens-objetos (art. 615-A do CPC).

3.5.4) Extinção

Conforme apresentado em 3.4.4, a extinção da garantia judicial ocorrerá por norma jurídica jurisdicional que: (1) ateste o perecimento do objeto físico da garantia; (2) extinga, com arrimo no art. 267 do CPC, a relação jurídica processual jurisdicional completa (RJPJC) na qual ela foi prestada; (3) afirme o desaparecimento da HG; (4) defira o pedido de levantamento feito pelo seu prestador (titular do dever garantido, RJ ou terceiro interessado); (5) atenda a pleito de dispensa do titular do direito garantido (beneficiário); (6) determine-a em virtude da revogação da NJP; (7) devolva-a para seu proprietário quando cumprida

²⁷⁵ "Súmula 405. Denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária".

a NJP; ou, por descumprimento de tal vínculo jurídico e após serem apurados os respectivos danos: (8) exproprie-a em favor de terceiro para satisfazer a indenização pelo descumprimento da NJP, ou, (9) autorize sua adjudicação ou seu levantamento (se dinheiro) pelo sujeito ativo da NJP descumprida.

Nessa vereda, afora a hipótese 1 – em que a garantia deixa de existir como objeto fenomênico – e as de número 2, 3, 4, 5 e 6 – nas quais a devolução do bem garantidor para seu proprietário decorre da perda de alguns dos requisitos formadores da garantia (contexto processual, hipótese de incidência, pedido, interesse e objeto normativo), a destinação do objeto da garantia judicial tributária será determinada pela combinação de duas variantes: (i) o cumprimento da NJP garantida (que pode ser: (a) a NJT; (b) a norma jurídica que obriga a indenização de sujeito ilicitamente constrito em função do cumprimento de NJT; e, (c) a norma que estipula reparação patrimonial do Fisco por indevida constrição patrimonial por pedido de repetição de indébito de NJT), e, (ii) o caráter financeiro de seu bem-objeto.

Assim, ter-se-á:

- se a NJP garantida for cumprida, independentemente da fidejussoriedade do bem (i: positivo, e, ii: positivo ou negativo): devolução do objeto garantidor para seu proprietário (7);
- se a NJP garantida não for cumprida (i: negativo), após a apuração dos danos gerados e :
 - sendo o bem não-monetário (ii: negativo), poderá haver:
 - 1) se a NJP for (a) ou (c): sua transferência para outrem (expropriação) pelo procedimento executivo a fim de que seu produto seja entregue ao sujeito ativo tributário (8),
 - 2) se a NJP for (b): sua conversão executivo-jurisdicional em dinheiro (expropriação) ou sua adjudicação, a escolha do sujeito passivo tributário (9); ou,

- sendo o bem monetário (ii: positivo), haverá sua entrega ao titular do direito não-satisfeito (9) – levantamento para o sujeito passivo da NJT em (b), ou, conversão em renda para o sujeito ativo em (a) e (c).

No que toca respeito à extinção das garantias judiciais tributárias, ponto que merece destaque atina ao item 4: extinção por pedido de levantamento do bem pelo sujeito que a prestou.

O questionamento aparece quando se cogita a possibilidade de haver negativa jurisdicional para tanto quando as garantias monetárias forem prestadas espontaneamente pelo sujeito passivo tributário para suspender a exigibilidade do crédito tributário (art. 151, II, do CPC), tal qual uma garantia forçada, uma vez que a constituição se operou em virtude do exercício de um direito (de depositar)²⁷⁶, e, por isso, não poderia ser obstado ao prestador levantar a quantia.

A *priori* e com os termos postos, a solução do problema posto caminha para a ilicitude da recusa jurisdicional em deferir o levantamento pleiteado.

Contudo, o equacionamento perseguido deve levar em conta dois dados do direito positivo: o § 2.º do art. 32 da Lei n.º 6.830/80²⁷⁷ e o posicionamento do STJ (interpretação autêntica) pela licitude de tal recusa porquanto entender que o

²⁷⁶ “Todavia, conquanto pressuponha um processo, o depósito em dinheiro corresponde a uma pura manifestação de vontade do particular, produtora de efeito suspensivo ex lege, sem a necessidade de cooperação do titular do crédito tributário, nem a intervenção do juiz, nem a verificação de pressupostos para o seu exercício. Trata-se, em suma, de um direito potestativo do particular, ou seja, de um poder do particular produzir modificações na esfera jurídica de outrem (a suspensão do poder de execução do fisco) sem que o destinatário do seu exercício deva concorrer para a produção do efeito e sem que se lhe possa opor.(...)”

No que concerne à sua natureza jurídica, o depósito a que se refere o artigo 151, inciso II, do Código Tributário Nacional reveste a natureza jurídica do que a doutrina designa por depósito em função de garantia ou depósito com escopo de garantia . Trata-se, na verdade, de um depósito em favor de terceiro subordinado a condição suspensiva: o depositante efetua o depósito com a finalidade do depositário (banco) entregar o objeto do depósito (dinheiro) a um terceiro (Fisco credor), se se verificar um determinado evento futuro e incerto (improcedência da ação judicial proposta pelo depositante) ou de que o restitua ao depositante, no caso inverso (procedência da ação). (Princípios do Processo Administrativo e Judicial Tributário. Rio de Janeiro: Forense, 2005. P. 297/301). Em sede jurisprudencial vide: AgRg no REsp 978674/SP

²⁷⁷ “§ 2.º. Após o trânsito em julgado da decisão, o depósito, monetariamente atualizado, será devolvido ao depositante ou entregue à Fazenda Pública, mediante ordem do juízo competente”.

depósito judicial nesses termos se configurar como garantia do sujeito ativo tributário pelo cumprimento da NJT levada a apreciação jurisdicional²⁷⁸.

Assim, uma vez depositado judicialmente o valor integral do *quantum* tributário para suspender a exigibilidade do crédito ao qual se refere (art. 151, II, do CTN), a transferência de seu direito de disposição somente poderá ocorrer com o trânsito em julgado do término da relação jurídica processual completa (RJPJC), ensejando:

- sua conversão em renda (art. 156, VI, do CTN) quando terminar: sem julgamento do mérito (hipótese de extinção 2: meramente processual)²⁷⁹, ou, com julgamento de mérito de improcedência (hipótese de extinção 9: confirmação da NJT); ou,
- o levantamento dos valores pelo depositante quando houver julgamento de mérito de procedência (hipótese de extinção 6: revogação da NJT).

Diante desse panorama, ao se ter em foco que o depósito judicial designado no art. 151, II, do CTN somente ocorrerá em processos que questionem NJT constituída e o caráter cautelar de tal garantia judicial em relação a essa unidade jurídica, afigura-se correto o posicionamento do STJ, ante o § 2.º do art. 32 da Lei n.º 6.830/80, acerca da impossibilidade de seu levantamento antes da definição do resultado definitivo da demanda na qual foi realizado. Pois, somente com o esgotamento *in concreto* das vias jurisdicionais é que se poderá afirmar juridicamente sobre a licitude ou não da NJT, e, conseqüentemente, a quem é devida quantia garantidora.

Todavia, como a determinação daquele que deverá ser o titular da garantia pressupõe efetiva manifestação jurisdicional sobre a NJT: se lícita ou ilícita, somente em caso de pronunciamento de improcedência do pleito antiexacional é que poderá o depósito ser convertido em renda para extinguir o crédito tributário (art. 156, VI, do CTN). Razão pela qual nos casos de extinção processual sem

²⁷⁸ Acerca da evolução da jurisprudência do STJ sobre esse assunto, ver o voto-vista da Ministra Eliana Calmon, nos Embargos de Divergência no Resp 548224/CE, Publicado no DJ de 17/12/2007.

²⁷⁹ Ver, por serem mais recentes: REsp 884625/SP e REsp 901052/SP.

análise do mérito o depósito não pode ser convertido em renda por não haver juízo jurisdicional sobre a licitude de NJT²⁸⁰.

²⁸⁰ Em sentido contrário, ver, por serem mais recentes: REsp 884625/SP e REsp 901052/SP.

4) GARANTIA JUDICIAL DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO DEFINITIVO: O DIREITO À EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO POSITIVA DE DÉBITO TRIBUTÁRIO COM EFEITOS DE NEGATIVA COMO PRODUTO PROCESSUAL DE ANÁLISE CONSTITUCIONAL DO ART. 206 DO CTN

Firme nas premissas postas, o problema-objeto deve ser enquadrado nos seguintes termos: afigura-se lícito ao Judiciário-jurisdicional levar em conta a finalidade do processo como prescrição inerente ao seu dever de devido processo legal (art. 5.º, LIV, da CRFB/88) para focar o art. 206 do CTN com fulcro na isonomia processual (art. 5.º, *caput*, da CRFB/88) a fim de permitir ao sujeito passivo tributário apresentar garantia judicial de crédito tributário fora do procedimento executivo fiscal entabulado pela Lei n.º 6.830/80 para receber da Administração Fiscal certidão positiva de tributos com efeitos de negativa?

O raciocínio subjacente à resposta de tal questionamento parte do fim pretendido pela norma jurídica advinda do art. 206 do CTN, leva em conta a finalidade do processo para entender a isonomia processual destinado ao Judiciário-jurisdicional como dever de concessão dos mesmos mecanismos processuais para sujeitos em igual situação de direito material, e, assim, conclui que o direito de obter certidão positiva de tributos com efeitos de negativa deriva da garantia judicial de crédito tributário, independente da sede processual em que ela ocorra e da condição processual do sujeito garantidor.

4.1) Hipótese de constituição

Nessa esteira, a ponderação jurídico-teleológica e isonômica da hipótese ensejadora de concessão da referida certidão (HG) considera o sujeito de direitos devedor de crédito tributário que constitua garantia judicial para a quitação da exação em mesma situação jurídica que o demandado em execução judicial cujo bem ofertado esteja penhorado (hipótese do art. 206 do CTN), levando-se em

conta que, em ambas as circunstâncias, (i) a posição jurídica do sujeito passivo tributário perante as normas jurídicas de conduta é a de devedor tributário (seu RJ ou terceiro interessado) e que (ii) a satisfação do crédito fazendário está judicialmente assegurada.

Dessarte, por influxo dos deveres jurisdicionais-constitucionais de devido processo legal e de isonomia sobre o enunciado do art. 206 do CTN, a assunção do *status* do plano jurídico material combinada com o resguardo jurisdicional da satisfação de dívida fiscal, inobstante o contexto processual em que isso ocorra, implica no direito do sujeito passivo tributário de alcançar o mesmo resultado jurídico conferido àqueles que ocupam o pólo passivo de relação jurídica processual completa (réu da RJPJC: sujeito ativo da RJPJ2) formada em procedimento executivo-fiscal no qual haja ocorrido penhora.

Assim, pela leitura constitucional do art. 206 do CTN – que é cronologicamente anterior à CRFB/88 – o órgão jurisdicional interpreta-o autenticamente, de modo a determinar ser pertinente a todo sujeito passivo de NJT definitiva o direito à expedição de certidão positiva de débito tributário com efeitos de negativa em virtude de garantia judicial de débito tributário, podendo ele – ou seu RJ – requerer sua realização em juízo mediante a apresentação de bem que assegure o cumprimento de seu dever tributário.

Afigura-se fundamental consignar que dentro da construção teórica apresentada a obtenção de certidão positiva com efeitos de negativa pela prestação de garantia judicial do crédito tributário definitivo busca enquadramento na última hipótese enunciada no art. 206 do CTN para tanto, não pretendendo se equiparar àquela que estabelece essa mesma consequência em virtude da suspensão da exigibilidade do crédito tributário; que, pelos motivos expostos no item 3.5.2 do Capítulo 3, somente pode ser garantido em juízo pelo depósito integral de seu *quantum*.

Sobre o tema, MÁRCIO SEVERO MARQUES afirma²⁸¹:

²⁸¹ MARQUES, Márcio Severo. Estratégias processuais e direito do contribuinte. In: Segurança Jurídica na tributação e Estado de Direito. São Paulo : Noeses, 2005, p.432/434.

Neste caso, a plausibilidade do direito invocado diz respeito ao próprio direito subjetivo do contribuinte de, nessas circunstâncias (quais sejam, necessidade de se obter CND e pendência de execução fiscal para cobrança do crédito tributário já definitivamente constituído na esfera administrativa), caucionar o débito fiscal para viabilizar a obtenção de documento que demonstre sua regularidade fiscal. Nessa hipótese, não se trata de avaliar, como critério para a apreciação e deferimento da medida liminar ou tutela antecipada, se o débito fiscal é ou não devido (em tal ou qual medida), mas sim de se verificar se há fundamentos para justificar a tutela do direito à caução, para a finalidade pretendida. É esse direito cuja plausibilidade deverá ser verificada.

E uma vez demonstrado esse direito, amparado no primado da isonomia, que exige seja afastado qualquer tratamento diferenciado entre contribuintes que se encontram em situação equivalente (no caso, em relação à inadimplência do crédito tributário), restaria apenas demonstrar-se o perigo da demora, justificado pela causa que exige a propositura da medida judicial para assegurar a comprovação da regularidade fiscal. De fato, entendimento contrário implicaria escancarada ofensa ao princípio constitucional da igualdade, porque resultaria em evidente tratamento diferenciado, de um lado, favorecendo o contribuinte inerte, que aguarda a execução fiscal para oferecer bens à penhora, e de outro, prejudicando o contribuinte diligente, que se antecipa à ação fiscal e propõe medida judicial (porque este último só poderia caucionar o juízo mediante o depósito em dinheiro, nos termos do arcaico artigo 38 da Lei de Execuções Fiscais – Lei 6.830/80).

A licitude de tal pretensão vem sendo cancelada pelo STJ, após ser percebida e sanada a confusão acerca dos fins pretendidos com a formação da garantia judicial tributária em análise, qual seja: emissão de certidão positiva com efeitos de negativa, e, não a suspensão do crédito tributário.

Sobre o assunto, veja-se a ementa do REsp 883459/RS de relatoria do Min. José Delgado, publicado no DJ de 10/07/2007²⁸²:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA. CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITOS DE NEGATIVA. CAUÇÃO REAL. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA PENHORA. NOVO ENTENDIMENTO DA PRIMEIRA SEÇÃO DESTE SODALÍCIO. VIABILIDADE. RECURSO NÃO-PROVIDO.

1. Em exame recurso especial interposto desafiado pela Fazenda Nacional com esteio na alínea "a" da permissão constitucional contra acórdãos assim ementados: "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO CAUTELAR. CAUCIONAMENTO.OBTENÇÃO CPD-EN. A jurisprudência mais atual desta Corte e do STJ vem aceitando a possibilidade de medida cautelar com o caucionamento, ao fundamento de que o contribuinte não pode sofrer prejuízo com a demora da Fazenda Pública em ajuizar executivo fiscal para cobrança dos créditos tributários" (fl. 42). "PROCESSUAL CIVIL EMBARGOS DECLARATÓRIOS. PREQUESTIONAMENTO. Devem ser providos os embargos

²⁸² Ver também: REsp 977930/RS, REsp 942027/RJ, REsp 962451/RS, REsp nº 881.804/RS, EREsp nº 823.478/MG e EREsp nº 815.629/RS.

declaratórios propostos com o fim exclusivo de prequestionamento, de forma a viabilizar o acesso à Instância Superior." (fl. 49).

A recorrente sustenta violação dos artigos 535 II, do Código de Processo Civil, 151, II, e 206 do Código Tributário Nacional, sob o pálio da seguinte argumentação: a) violação do artigo 535, II do CPC por o acórdão ter se restringido a enumerar os artigos suscitados pela recorrente nos embargos de declaração apenas para prequestioná-los, sem, contudo, oferecer o necessário debate sobre eles; b) no que se refere ao artigo 151, II do Código Tributário Nacional, a infringência acontece na medida em que, ao ser concedida cautelar para a obtenção de CTN-EN, deferiu-se, indiretamente, a suspensão de exigibilidade do crédito tributário mediante o oferecimento de simples caução, quando, na verdade, tal só é possível pelo depósito integral e em dinheiro do débito; c) não pode ser concedida CND-EN ao contribuinte que não preenche os requisitos elencados no artigo 206 do Código Tributário Nacional, uma vez que essa certidão seria "...ideologicamente falsa, pois que traduziria inverdade, além de contrariar frontalmente a lei". Não foram ofertadas contra-razões. 2. Embora o acórdão dos embargos declaratórios não sirva para prequestionar o artigo 151, II, "d" do CTN, uma vez que limitou-se a citar os artigos suscitados pela recorrente sem realmente debatê-los, a parte não ficou prejudicada, já que o artigo 206 do Código Tributário Nacional foi prequestionado pelo acórdão da apelação. Não ficando, destarte, caracterizado prejuízo à Fazenda Nacional. Afasta-se, pois, a alegada infringência do artigo 535, II do Código Processual Civil.

3. A Primeira Turma de direito público deste Sodalício vinha expressando o entendimento pela impossibilidade de se obter a certidão negativa de débitos com efeitos de positiva por meio do oferecimento de caução pelo contribuinte em sede de ação cautelar. Então, o posicionamento era de não existir fundamento jurídico a ensejar a pretensão de suspensão da exigibilidade de crédito tributário e a conseqüente expedição de CND-EN, já que a caução de bem não pode suspender a exigibilidade do crédito. Contudo, a Primeira Seção, por maioria, em recente julgamento proferido nos EREsp 819629/RS, no dia 11/10/2006, por meio de voto vencedor da Ministra Eliana Calmon, mudou esse entendimento passando a admitir o oferecimento de caução de bem para obtenção, pelo contribuinte, de certidão negativa de débitos com efeitos de positiva, nos caso em que ainda não houvesse sido ajuizada a execução fiscal pelo Fisco. Adota-se o entendimento firmado pela Seção, com ressalva do ponto de vista pessoal. 4. Recurso especial não-provido.

Já os marcos do ciclo de positivação da NJT dentro dos quais pode ser deduzida em juízo tal pretensão garantidora (seu cabimento) são (início) a constituição definitiva do crédito tributário (Capítulo 3, item 3.2) e (término) a efetivação de penhora fiscal, uma vez que o art. 206 alude à *cobrança executiva em que tenha sido efetivada penhora* como requisito para expedição da referida certidão fiscal.

Assim, após o término do prazo de impugnação administrativa sem sua apresentação ou depois da ciência da decisão administrativa final, restará configurada a hipótese permissiva para que o sujeito passivo tributário, seu RJ ou o terceiro interessado apresentem garantia judicial para obter determinação

jurisdicional de expedição de certidão positiva de débitos tributários com efeitos de negativa.

Imperioso asseverar que, mesmo sendo o raciocínio acima descrito construído para garantia de débitos tributários, sua aplicação para a configuração de HG implicante de obtenção de certidão positiva com efeitos de negativa serve a qualquer dívida cuja execução seja regulada pela Lei n.º 6.830/80 e haja determinação legal de emissão de certidão fiscal em função de garantia processual prestada no processo executivo (penhora), *v. g.*: as multas trabalhistas cobradas pela Procuradoria da Fazenda Nacional.

4.2) Constituição

Firme no exposto, uma vez oferecido o bem, o órgão jurisdicional realizará juízo de sua suficiência para assegurar o cumprimento de dada NJT.

Tal qual nas demais garantias judiciais tributárias tal aferição terá um aspecto quantitativo e outro qualitativo, de modo a averiguar, respectivamente: o potencial econômico do bem para satisfazer o débito tributário ao qual se refere, e, sua exeqüibilidade .

Assim, ademais de ter equivalência financeira igual ou maior do que o montante devido pela NJT, o objeto apresentado como garantia judicial nessa hipótese deve: ser transferível jurisdicionalmente (alienável e penhorável: art.s. 648/650 do CPC, ou, alienável e impenhorável com renúncia de impenhorabilidade), ter sido eleito mediante obediência da ordem de preferência do art. 11 da Lei n.º 6.830/80 e ser conversível em pecúnia²⁸³.

Nesse ponto, mister salientar que, como a finalidade da formação da garantia judicial nesse caso é a obtenção de certidão fiscal, o oferecimento de bem não-

²⁸³ A cerca da possibilidade de se oferecer fiança bancária como garantia judicial de débito tributário definitivo não-garantido para obter certidão positiva de débito tributário com efeitos de negativa, vide: TJES, AI 035.059.000.311, Rel. Des. Catharina Maria Novaes Barcellos, Publicado no DJ 05/12/2005.

monetário como seu objeto é inquestionavelmente lícito, pois o depósito do montante integral é condição para atingir outro fim: suspender a exigibilidade do crédito tributário.

Como a prestação de garantia judicial não equivale ao adimplemento e sua prestação por meio de bem diverso de dinheiro faz permanecer sobre o sujeito passivo da NJT a responsabilidade pelo pagamento dos consectários jurídico-financeiros da mora (Capítulo 3, item 3.4.3. e 3.4.5.3), pode ser necessário o reforço ou a substituição da garantia na proporção da atualização do débito garantido até a extinção do crédito tributário assegurado.

E, o ato processual que constituirá o *status iuris* de garantia processual sobre um bem de modo a vinculá-lo ao pagamento de um crédito tributário (NJT), será aquele que concede medida de urgência em caráter incidental (antecipação de tutela) ou que preste a tutela jurisdicional final solicitada para tanto. Posteriormente, com fito de dar efeito *erga omnes* à constrição garantidora, pode haver determinação jurisdicional para cadastrar tal decisão no registro pertinente ao bem garantidor nos moldes do art. 615-A do CPC.

4.3) Consequências

Assim, ao ser acolhido o pedido de constituição de garantia judicial deduzido pelo sujeito ativo tributário, por seu RJ ou por terceiro interessado, restará o direito de disposição do bem transferido ao órgão jurisdicional e sua posse direta entregue ao depositário judicial, nos termos do exposto no item 3.4.3 do Capítulo 3.

Nessa esteira, considerando-se que a formação dessa garantia judicial não afeta a mora tributária nem suspende a exigibilidade do crédito tributário, *per se* ela não gera a impossibilidade ao sujeito ativo tributário de lançar mão dos métodos de cobrança administrativa – salvo em relação aos tributos federais em função do art. 7.º da Lei n.º 10.522/2002²⁸⁴ que imputa a suspensão da inscrição no CADIN em

²⁸⁴ Vide no STJ: REsp 904277/SC e EDREsp 611375/PB.

tais casos – e judicial – até mesmo porque ela é colmatada como antecipação de conteúdo de um ato processual executivo e não para impedir a instauração de procedimento jurisdicional dessa espécie –.

Suspensões de cobrança essas que para ocorrerem dependerão da introdução no direito positivo de norma jurídica individual e concreta nesse sentido, o que somente poderá ocorrer com a constatação de uma das hipóteses de suspensão do crédito tributário, nos termos do art. 151 do CTN.

Outra consequência da constituição da garantia judicial ora trata refere-se a impossibilidade de ser ela levantada pelo sujeito que lhe prestou tão-somente ao seu alvedrio (hipótese 4, do item 3.5.4, do Capítulo 3), dependendo de concordância do exeqüente e de autorização judicial, haja vista que ela é prestada como antecipação de penhora fiscal para garantir a quitação de tributo (NJT), cuja arrecadação é um dever do sujeito ativo tributário, e, portanto, assume condição de bem indisponível; sendo, contudo, permitida sua substituição, nos termos do art. 15, I, da Lei n.º 6.830/80.

4.4) Extinção

Formada a garantia judicial tributária em tela por provimento jurisdicional inalterável, sua extinção ocorrerá em um daqueles casos enumerados para o término das garantias judiciais tributárias no item 3.5.4 do Capítulo 3 – com a mesma ressalva da hipótese da situação número 4 (levantamento a pedido do prestador sem consentimento da parte contrária) – excluídas a oitava e nona situações (extinção por transferência de propriedade do bem garantidor realizada em processo executivo) e aduzida de outra: a constituição da penhora em execução fiscal.

Tal alteração decorre da substituição técnico-jurídica de garantia judicial que a formação da penhora fiscal ensejará, trocando-se a garantia cautelar autônoma

pela penhora, que, por sua vez, será a garantia judicial extinta pela transferência de domínio alcançada na via executivo-jurisdicional fiscal .

Assim, com a formalização da típica constrição patrimonial em procedimento executivo-fiscal (penhora) sobre o bem objeto da garantia judicial tributária constituída autonomamente em caráter cautelar se perfará novel forma de asseguuração do cumprimento da NJT, não obstante ambas formas impliquem nos mesmos efeitos constrictivos sobre o bem.

5) CONCLUSÕES

Capítulo 1

O contato entre a razão humana e aquilo que lhe é exterior somente ocorre em virtude da captação pelos sentidos da linguagem emitida pelos fenômenos sensíveis. Em verdade as manifestações exteriores só são sensíveis porquanto vertidas em linguagem, ou seja, quando produzirem sentido à razão humana. Assim, o conhecimento é produto da linguagem, sendo científico quando houver precisão na aplicação da linguagem que o compõe.

As unidades lingüísticas são denominadas de signos, sendo composto de três elementos: o suporte físico (literalidade: texto, ruídos, gestos ou objetual/estético/arte), significação (sentido atribuído ao suporte físico) e significado (objeto-referente); de modo que, analiticamente, pode a linguagem ser estudada por cada uma dessas perspectivas, gerando estudos de ordem: sintática, semântica e pragmática.

Com arrimo na diferença entre suporte físico e significação, a linguagem apresenta formas e funções, que, por sua vez, não guardam correlação necessária.

Ao se aplicar tais premissas epistemológicas ao direito positivo: conjunto de regras que regulam as condutas humanas intersubjetivas em determinado tempo-espço, ter-se-á tal fenômeno lingüístico com função prescritiva da conduta intersubjetiva de seus destinatários. E, a ciência que lhe estuda, apresenta-se como um sistema lingüístico com função descritiva desse objeto.

As unidades jurídicas são sintaticamente homogêneas, apresentando estrutura hipotética-condicional (suporte físico), porém, com sentido heterogêneo (significação) na regulação da conduta humana intersubjetiva passíveis de serem reguladas: as possíveis e não-necessárias (significado).

Todavia, a produção normativa depende de interpretação dos denominados texto de direito positivo (suporte físico) que gera um sentido prescritivo no formado

normativo (significação) no direcionamento do agir humano regulável (significado). Tal *iter* intelectual é denominado de *percurso gerativo de sentido*.

O corte metodológico ora imposto (delimitação lingüística) considera como objeto de estudo as normas advindas do texto da CRFB/88 e dos demais textos autorizados por ela como prescritivos.

As normas jurídicas podem ser para serem consideradas como tal devem ser constituídas por agentes competentes, segundo o procedimento pertinente e com compatibilidade àquelas normas que lhe autorizam a criação. Esses são os requisitos de validade normativa. Somente com a manifestação deles é que uma prescrição torna-se jurídica frente a um dado direito positivo. Sendo a vigência a autorização jurídica para que a conduta determinada por uma norma efetivamente seja exigida de seus destinatários.

A validade determina a hierarquização do direito positivo, logo, é algo inerente a própria concepção de tal fenômeno, pois, afora as normas jurídicas inaugurais (constitucionais originárias), as demais são produzidas com supedâneo de validade em alguma outra norma. Nessa medida se cogita de norma superior (autorizadora) e norma inferior (autorizada).

Ao se considerar a norma jurídica como produto da interpretação dos textos jurídicos, deve-se considerar a possibilidade de haver múltiplas exegeses para um mesmo suporte físico legal. Razão pela qual próprio direito positivo estabelece um agente competente para determinar em última análise o sentido que deve ser atribuído a um dado texto, essa é a *interpretação autêntica*.

Tais unidades jurídicas podem ser classificadas quanto: à generalidade de seus destinatários (gerais e individuais), à ocorrência de sua hipótese (abstrata e concreta), e, ao fim imediato da conduta regulada: se criar normas ou não (de estrutura/processuais e de conduta/materiais).

Capítulo 2

A norma jurídica tributária é aquela que se refere ao recolhimento de tributo (art. 3.º do CTN), podendo ser classificada como principal (diretamente referente a tal arrecadação) ou acessória (referente a dever auxiliar ao principal).

Ao direito de receber a prestação tributária prescrito no consequente da norma jurídica tributária dá-se o nome de *crédito tributário*, cujo processo de efetivação inicia-se com a constituição dos enunciados formadores da norma jurídica tributária geral e abstrata (regra-matriz de incidência tributária: RMIT) e termina com a norma individual e concreta que determina sua extinção, sendo denominado de *ciclo de positivação*.

O crédito ganha exigibilidade com sua constituição definitiva na via administrativa, podendo tal atributo ser suspenso pela ocorrência da alguma das hipóteses dos incisos do art. 151 do CTN.

Depois, ao ser inscrito no Livro de Dívida Ativa do sujeito ativo tributário, adquire exeqüibilidade, podendo ser cobrado em sede jurisdicional

As modalidades de extinção do crédito tributário estão elencada no art. 156 do CTN.

Conforme seja a situação de adimplência fiscal de um sujeito, ele tem direito de receber administrativamente uma determinada certidão sobre tal estado: se não houver débito pendente, certidão negativa; se houver tributo exigível pendente, certidão positiva; e, se houver tributo não vencido, com a exigibilidade suspensa ou garantido judicialmente por penhora, certidão positiva com efeitos de negativa.

Capítulo 3

Processo é relação jurídica desenvolvida de acordo com um procedimento, por isso, adjetiva-se esse enlace jurídico como processual (relação jurídica processual), sendo enfocado no presente estudo o *processo jurisdicional*.

Via de regra, a relação jurídica processual é complexa (relação jurídica processual completa: RJPJC), formada de duas outras: uma entre autor e órgão jurisdicional (RJPJ1), outra entre réu e tal agente (RJPJ2).

Ademais de inerente à concepção das normas jurídicas de estrutura, a reparação ou proteção de normas jurídicas de conduta pelo do processo é algo valorado pelo direito positivo como obrigatório por meio da determinação constitucional do devido processo legal.

A aplicação de tal dever à atividade normativa jurisdicional obriga ao órgão jurisdicional, dentro das autorizações legais, privilegiar o alcance do resultado de direito material a ser alcançado em juízo em detrimento ao cumprimento das formalidades jurídicas postas para tanto.

Também é dever jurisdicional a aplicação do dever constitucional da isonomia, de modo a garantir a sujeitos em mesma situação de direito material os mesmos resultados processuais, realizando-se, assim, a interpretação autêntica do textos de direito positivo em estudo.

Já em relação aos formuladores de normas jurídicas concretas o dever de isonomia veda-lhes a realização de distinções não autorizadas pelo direito positivo quando do cumprimento de seu dever normativo.

Capítulo 4

Garantias judiciais são fenômenos processuais cautelares do cumprimento de uma norma jurídica principal (NJP) que transferem o direito de disposição de um bem e sua posse direta de seu titular para o órgão jurisdicional, não se confundindo com as garantias determinadas em virtude de normas jurídicas de conduta.

Seu ciclo de positivação se inicia com uma norma que, ante a hipótese de prestação de garantia (HG), prescreve o direito de apresentar um bem em juízo para tanto; prossegue com outra que para a suficiência (quantitativa e qualitativa) ou pertinência do bem determina a efetiva formação da garantia (NJG); segue com uma terceira que imputa direitos materiais e processuais ao prestador em virtude

da constituição prestação da garantia; e, se encerra com unidade jurídica que determina a extinção da garantia.

As hipóteses de solicitação de garantia podem ser divididas segundo o sujeito que a solicita (sujeito ativo da NJP, sujeito passivo da NJP ou terceiro) - independente da posição que ocuparem na RJPJC – ou determina (órgão jurisdicional).

A constituição da garantia depende de ser suficiente o bem oferecido para tanto. O que depende de aspecto qualitativo e quantitativo.

O primeiro refere-se à pertinência do bem oferecido em caso de entrega de coisa, e, à sua exeqüibilidade, em caso de entrega de quantia. O segundo atina à sua significação financeira.

O ato processual que formaliza a garantia é aquele que: (a) constata a efetivação do depósito do bem (semovente, móvel não-financeiro ou dinheiro); (b) aceite a prestação do capital constituído, da fiança bancária, do seguro garantia judicial, da garantia real (imóvel) ou de um direito; ou, (c) constitua sobre ele penhora, arresto, seqüestro ou outra constrição cautelar inominada.

As conseqüências da formação de garantia têm-se: aquela perseguida pela constituição da garantia, a que relacione o órgão jurisdicional como titular do direito de dispor do bem garantidor, a que constitui o depositário, o não impedimento da mora, a transferência da responsabilidade pelo pagamento de juros de mora e correção monetária à instituição financeira depositária em caso de prestação de direito.

A extinção da garantia ocorrerá por norma que descreva:

- (iv.1): o perecimento do bem garantidor;
- (iv.2): (iv.2.1) extinção da relação jurídica processual jurisdicional completa (RJPJC) que trata da NJP (garantida) pelas hipóteses do art. 267 do CPC, (iv.2.2) a desconfiguração da HG, (iv.2.3) o deferimento do pedido de levantamento pelo sujeito que a prestou (titular do dever garantido, seu RJ ou terceiro), (iv.2.4) o atendimento de pleito de sua dispensa pelo sujeito que a requisitou (titular do direito garantido), (iv.2.5) a revogação da NJP,

ou, (iv.2.6) o cumprimento da NJP sem execução da garantia – situações essas que implicarão na devolução para o proprietário do direito de disposição acerca do bem e de sua a posse direta –;

- (iv.3) a transferência da propriedade do bem para outrem em troca de valores suficientes para satisfazer o dever decorrente do não-cumprimento da NJP (expropriação); ou,
- (iv.4) a transferência da propriedade do bem para o sujeito ativo da NJP garantida com forma de quitar o dever advindo do descumprimento da NJP (adjudicação de bem não-financeiro ou levantamento de dinheiro).

Entrementes, a extinção por levantamento a pedido do prestador está condicionada ao aval jurisdicional.

Em demandas que versem acerca de normas jurídicas tributárias (NJT), as garantias judiciais variarão conforme a NJP que se pretenda garantir, o que pode ser distribuído com base no procedimento no qual a pretensão é veiculada que, por sua vez, depende do momento do ciclo de positivação da NJT principal, enfatizado nos seguintes instantes

- 1.º) introdução no direito positivo pelo agente legislativo de enunciados suficientes para a constituição da norma jurídica tributária geral e abstrata (regra-matriz de incidência tributária: RMIT);
- 2.º) constituição da norma jurídica tributária individual e concreta pelo agente competente (NJT);
- 3.º) constituição de outra norma jurídica individual e concreta pelo agente executivo que atribui vigência à norma jurídica tributária individual e concreta (exigibilidade do crédito tributário), constituindo o *crédito tributário definitivo*;
- 4.º) constituição de norma jurídica individual e concreta que torna a NJT executável por meio de sua inscrição no livro da dívida ativa (constituição do título executivo: veículo introdutor);

5.º) ante o não-pagamento espontâneo, constituição de norma jurídica individual e concreta que deflagra o processo executivo pelo ajuizamento da exordial de execução fiscal (formação da RJPJ1);

6.º) constituição de norma jurídica individual e concreta que constitui a RJPJ2 – e conseqüentemente a RJPJC – mediante a citação do sujeito passivo da norma jurídica tributária individual e concreta executa;

7.º) constituição de norma jurídica de estrutura individual e concreta que considera como garantia judicial um bem apresentado pelo sujeito passivo tributário na condição de executado (sujeito ativo da RJPJ2): efetivação da penhora; e,

8.º) constituição de norma jurídica individual e concreta que prescreva a extinção da norma jurídica tributária individual e concreta ante a descrição de alguma das hipóteses dos incisos do art. 156 do CTN.

Os pedidos tributários passíveis de serem veiculados aos órgãos jurisdicionais são:

- pelo sujeito ativo (Fisco): relativa à (i.1) asseguuração ou (i.2) ao efetivo cumprimento de NJT, tendo em vista que sua constituição é de competência de seu próprio sujeito ativo; e,
- pelo sujeito passivo (contribuinte ou responsável): tendente à (ii.1) proibir a constituição de NJT ou de , (ii.2) revogar NJT, (ii.3) receber a devolução de valores ilicitamente pagos como tributo, (ii.4) cumprir NJT em juízo para evitar a mora, (ii.5) assegurar a formação ou efetivação do resultado de ii.1, ii.2 e ii.3 e ii.4, (ii.6) tão-somente obter determinação judicial de expedição de certidão acerca de seu *estado fiscal*, ou, (ii.7) afiançar o cumprimento de NJT mediante apresentação de garantia em juízo para receber, especificamente, certidão positiva de débito tributário com efeitos de negativa.

Tais pedidos de formulação normativa serão apresentados nos seguintes procedimentos: i.1: cautelar fiscal (Lei n.º 8.397/92), i.2: execução fiscal (Lei n.º 6.830/80), ii.1: declaratória de inexistência de relação jurídica tributária (ordinário

do CPC) ou mandado de segurança preventivo (Lei n.º 1.533/51), ii.2: desconstitutiva de crédito tributário ou de inscrição em dívida ativa (ordinário do CPC), mandado de segurança repressivo (Lei n.º 1.533/51) ou embargos do devedor em execução fiscal (Lei n.º 6.830/80 combinado com o ordinário do CPC), ii.3: condenatória de repetição de indébito tributário (ordinário do CPC), ii.4: consignação em pagamento (Capítulo I do Título I do Livro IV do CPC), ii.5: cautelar nominado ou inominado, se apresentadas autonomamente (Livro III do CPC), ou, se cumuladas com outra pretensão, apresentada como medida de urgência incidental (art. 273 do CPC) postulada dentro do rito pertinente a esta, ii.6: mandado de segurança (Lei n.º 1.533/51) ou ordinária de obrigação de fazer (Livro I do CPC), e, ii.7: cautelar de prestação de garantia judicial para obtenção de certidão positiva com efeitos de negativa (ordinário do CPC combinado com Capítulo I do Título Único do Livro III do CPC).

Em matéria tributária, as garantias judiciais não podem ser prestadas por terceiro desinteressado.

Assim tem-se:

A) em **Cautelar fiscal:**

HsG: (i) à tutela jurisdicional pleiteada pelo autor (medida de urgência autônoma regulada pela Lei n.º 8.397/92 combinada com o Livro III do CPC), (ii) à concessão de antecipação dos efeitos da tutela final (art. 273, *caput* e § 7.º, do CPC), (iii) à substituição da garantia judicial formada em i e ii, a pedido do réu (art. 10.º da referida Lei) ou por determinação do órgão jurisdicional (art. 798 e 799 do CPC).

NJP: é a norma jurídica tributária individual e concreta que se pretende resguardar (NJT).

Solicitação/prestação: em (i) e (ii) a garantia judicial é solicitada apenas pelo autor para ser prestada pelo réu ou por terceiro interessado, uma vez que o art. 7.º da Lei n.º 8.397/92 dispensa o sujeito ativo tributário de prestar qualquer garantia judicial para recebimento de medida de urgência incidental, e, em (iii) seu pleito será feito pelo réu ou por terceiro interessado, podendo,

ainda, ser determinada pelo órgão jurisdicional, a fim de que seja efetivada por algum dos dois primeiros.

B) em **Execução fiscal**:

HsG: diz respeito (i) ao interesse do executado ou de terceiro interessado em exercer seu direito de pleitear a revogação da norma executada mediante ao ajuizamento de embargos do devedor (§§ do art. 475-J do CPC combinados com a Lei n.º 6.830/80), e, (ii) à intenção do exeqüente em fazer prosseguir o procedimento executivo quando for atribuído efeito *suspensivo* (impeditivo) à medida processual apresentada para revogar a norma jurídica executada (§ 1.º do art. 475-M do CPC).

NJP: pode ser (i) a NJT ou (ii) a norma jurídica que determina a reparação financeira do sujeito (aqui, o sujeito passivo tributário ou seu RJ) privado de algum bem seu para a satisfação da NJT antes de lhe serem franqueados todos os direitos processuais contidos na prescrição do devido processo legal (combinação do art. 5.º, LV, da CRFB/88 com os arts. 186 e 187 do CC).

Solicitação/prestação: em (i) o pleito de formação da garantia judicial é realizado pelo réu da execução (sujeito ativo da RJPJ2: sujeito passivo da NJP ou seu RJ), pelo terceiro interessado ou determinado pelo agente jurisdicional e sua prestação será realizada pelos primeiros; em (ii) a formação da garantia pode ser solicitada pelo demandante, pelo demandando ou por terceiro interessado, e, até mesmo, determinada pelo órgão jurisdicional, sendo prestada pelo primeiro ou pelo terceiro.

C) em **Declaratória de inexistência de relação jurídica tributária e mandado de segurança preventivo**:

HsG: refere-se a concessão, manutenção ou substituição de medida de urgência incidental (arts. 273, *caput* e § 7.º, 798 e 799, todos do CPC).

NJP: é a possível NJT a ser criada com arrimo na regra-matriz-paradigma do pleito autoral.

Solicitação/prestação: nessas hipóteses a garantia judicial poderá ser solicitada pelo autor, pugnada pelo réu ou por terceiro interessado, além de poder ser determinada pelo órgão jurisdicional, podendo ser prestada pelo demandante ou por terceiro interessado.

Observação: a ação declaratória de inexistência de relação jurídica tributária pode ser autônoma ou apresentada incidentalmente à outra demanda tributária nos moldes dos arts. 5.º e 325 do CPC.

D) em **Desconstitutiva de crédito tributário ou de inscrição em dívida ativa, mandado de segurança repressivo e embargos do devedor em execução fiscal:**

HsG: refere-se a concessão, manutenção ou substituição de medida de urgência incidental (arts. 273, *caput* e § 7.º, 798 e 799, todos do CPC), bem como a atribuição de efeito suspensivo aos embargos do devedor em execução fiscal (§ 1.º do art. 475-M do CPC).

NJP: é a NJT.

Solicitação/prestação: em todos os casos o oferecimento da garantia judicial pode ser feito pelo autor, pedido pelo réu ou terceiro interessado e até mesmo determinada pelo órgão jurisdicional, podendo ser prestada pelo demandante ou por terceiro interessado.

E) em **Condenatória de repetição de indébito:**

HsG: tratam de concessão, manutenção ou substituição de medida de urgência incidental (arts. 273, *caput* e § 7.º, 798 e 799, todos do CPC).

NJP: a norma jurídica que determina ser obrigatória a utilização do devido processo legal para ser lícito privar dado sujeito (*in casu*, o sujeito ativo tributário ou seu RJ) da fruição de um bem jurídico seu (art. 5.º, LV, da CRFB/88 e arts. 186 e 187 do CC), tendo em vista que a NJT cujo pagamento alega-se ter gerado o indébito era dotada de presunção de validade.

Solicitação/prestação: a prestação da garantia judicial poderá ser pleiteada pelo autor ou oferecida por terceiro interessado, exigida pelo réu ou pelo órgão jurisdicional, podendo ser prestada pelos dois primeiros.

F) em **Consignação em pagamento:**

HsG: em tal contexto processual não há formação de garantia processual, uma vez que, conforme o art. 156, VII, do CTN, a consignação em pagamento enseja a extinção da NJT.

NJP: não há.

Solicitação/prestação: não há.

G) em **Cautelares pertinentes aos processos antiexacionais:**

HsG: são relativas: (i) a própria tutela jurisdicional pleiteada pelo demandante (medida de urgência autônoma regulada pelo Livro III do CPC), (ii) a concessão ou manutenção de medida de urgência incidental (tutela antecipada do art. 273, *caput* e § 7.º, do CPC), e, (iii) a substituição de ambas (arts. 798 e 799 do CPC).

NJP: variará conforme o processo principal e as contingências do caso concreto, podendo ser, via de regra: (1) a virtual NJT a ser constituída a partir da RMIT, quando referir-se a declaratória de inexistência de relação jurídica tributária ou a mandado de segurança preventivo (item C); (2) a NTJ, quando disser respeito a demanda desconstitutiva de crédito tributário ou de inscrição em dívida ativa, a mandado de segurança repressivo, aos embargos do devedor em execução fiscal e à consignação em pagamento (item D e F); e, (3) a norma que garante direito de ser indenizado pela ilícita privação de bens jurídicos, quando tocar respeito à condenatória de repetição de indébito (item E).

Solicitação/prestação: em (i) a constituição será pleiteada pelo autor ou por terceiro interessado para ser prestada por qualquer deles; em (ii) a formação da garantia pode ser pedida pelo autor, solicitada pelo réu, pleiteada por terceiro interessado ou ordenada pelo órgão jurisdicional, sendo a prestação

de seu bem-objeto realizada pelo demandante ou pelo terceiro interessado; já em (iii) a garantia poderá ser pleiteada pelo autor, pelo réu, por terceiro interessado ou imputada pelo agente jurisdicional, sendo sua efetivação realizada pela parte beneficiada com a manutenção ou substituição da medida de urgência ou pelo terceiro interessado.

H) em **Ordinária ou mandado de segurança para emissão de certidão fiscal:**

HsG: não há, muito embora possa se conjecturar a concessão ou manutenção de antecipação de tutela, que não o são por conta da ausência de dever/direito a ser garantido, pois a expedição do documento não gerará qualquer prejuízo jurídico ao sujeito ativo tributário ou seu RJ.

NJP: não há, porque nas suposições acima a NJP protegida é aquela que garante o cumprimento da reparação por dano advindo da revogação da medida de urgência incidental, e, caso isso ocorra no presente contexto processual, não haverá prejuízo ilícito para o titular do dever de emitir as certidões, que deve fazê-lo ante a qualquer requisição (art. 5.º, XXXIV, *b*, da CRFB/BB).

Solicitação/prestação: não há.

I) em **Cautelar de prestação de garantia judicial para obtenção de certidão positiva de débito tributário com efeitos de positiva:**

NJP: é a NJT.

HsG: dizem respeito: (i) à própria tutela jurisdicional pleiteada por seu autor (medida de urgência autônoma regulada pelo Livro III do CPC), (ii) à concessão ou manutenção de medida de urgência incidental (tutela antecipada do art. 273, *caput* e § 7.º, do CPC), e, (iii) à substituição do objeto de ambas (arts. 798 e 799 do CPC).

Solicitação/prestação: em (i) a garantia judicial pode ser solicitada pelo autor ou por terceiro interessado a fim de que seja prestada por qualquer deles; em (ii) ela pode ser solicitada pelo autor, pugnada pelo réu, apresentada por terceiro interessado ou determinada pelo órgão jurisdicional,

sendo sua prestação realizada pelo demandante ou pelo terceiro interessado; já em (iii) sua formação poderá ser pleiteada pelo autor, pelo réu ou terceiro interessado, além de poder ser ordenada pelo órgão jurisdicional, sendo a apresentação dos bens a serem constritos realizada pela parte beneficiada pela substituição ou pelo terceiro interessado.

A constituição da garantia judicial tributária está sujeito ao juízo de suficiência pertinente às garantias judiciais, devendo superar avaliação de qualidade e quantidade, ou, respectivamente, a exeqüibilidade do bem e seu valor financeiro.

Nessa toada, quando a garantia judicial for prestada pelo sujeito ativo tributário, somente os bens dominicais podem servir a tal fim, pois os demais bens públicos são inalienáveis (art. 98/103 do CC).

Já o sujeito passivo tributário ou o terceiro interessado podem oferecer qualquer um de seus bens para assegurar o cumprimento de dada NJP, desde que possam ser eles transferidos por seus proprietários (alienáveis) ou por agentes jurisdicionais (penhoráveis) e sejam respeitadas as possibilidades do art. 9.º e a ordem de preferência do art. 11 da Lei n.º 6.830/80.

Especialmente em relação às garantias judiciais tributárias, a suficiência do bem oferecido como seu objeto depende também da possibilidade jurídica de correlacioná-lo às medidas jurisdicionais pretendidas com sua prestação.

Desse modo, identifica-se providências jurisdicionais que: não precisam ser garantidas para serem concedidas (cautelares fiscais), são concedidas somente mediante garantidas em dinheiro (suspensão da exigibilidade do crédito tributário), e, podem ser garantidas por bens não-monetários (suspender a suspensão da execução fiscal, permitir o prosseguimento de execução fiscal suspensa, garantir a obtenção de ordem jurisdicional que determine a expedição de certidão positiva de débito tributário nos termos do art. 206 do CTN).

Sua constituição ocorrerá pelas mesmas espécies de atos que o são as garantias em geral: (a) constatação de efetivação do depósito do bem se ele for semovente, móvel não-financeiro ou dinheiro, (b) aceitação da prestação do capital constituído, da fiança bancária, do seguro garantia judicial, da garantia real

(imóvel) ou de outro qualquer direito, ou (c) constituidor de penhora, arresto, seqüestro ou outra constrição cautelar inominada.

Lembrando que os valores atinentes a entrega em juízo das prestações de parcelamento administrativo-tributário (regulado pela Lei n.º 9.703/1998) nos mesmos instantes em que seriam entregues ao sujeito ativo tributário é forma fracionada de formação de garantia judicial tributária.

Os efeitos da constituição concreta da garantia judicial tributária (NJGT) são: se ela for em dinheiro, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, e, conseqüentemente, da mora tributária; se for em bem não-monetário, o direito de receber certidão positiva de débitos tributários com efeitos de negativa, pois não suspende a exigibilidade do crédito tributário nem a mora tributária.

A extinção das garantias judiciais tributárias se dá pelos mesmos motivos das garantias judiciais em geral, sendo a destinação de seu objeto determinada pela combinação de duas variantes: (i) o cumprimento da NJP garantida (que pode ser: (a) a NJT; (b) a norma jurídica que obriga a indenização de sujeito ilicitamente constrito em função do cumprimento de NJT; e, (c) a norma que estipula reparação patrimonial do Fisco por indevida constrição patrimonial por pedido de repetição de indébito de NJT), e, (ii) o caráter financeiro de seu bem-objeto.

Assim, ter-se-á:

- se a NJP garantida for cumprida, independentemente da fidejussoriedade do bem (i: positivo, e, ii: positivo ou negativo): devolução do objeto garantidor para seu proprietário (7);
- se a NJP garantida não for cumprida (i: negativo), após a apuração dos danos gerados e :
 - sendo o bem não-monetário (ii: negativo), poderá haver:
 - 1) se a NJP for (a) ou (c): sua transferência para outrem (expropriação) pelo procedimento executivo a fim de que seu produto seja entregue ao sujeito ativo tributário (8),

2) se a NJP for (b): sua conversão executivo-jurisdicional em dinheiro (expropriação) ou sua adjudicação, a escolha do sujeito passivo tributário (9); ou,

- sendo o bem monetário (ii: positivo), haverá sua entrega ao titular do direito não-satisfeito (9) – levantamento para o sujeito passivo da NJT em (b), e, conversão em renda para o sujeito ativo em (a) e (c).

Vale aqui a mesma ressalva feita para a extinção por levantamento do bem a pedido do sujeito prestador: necessidade de autorização do juízo.

Capítulo 4

Nessa esteira, por influxo dos deveres jurisdicionais-constitucionais de devido processo legal e isonomia sobre o enunciado do art. 206 do CTN, a assunção do *status* do plano jurídico material combinada com o resguardo jurisdicional da satisfação de dívida fiscal, os órgãos jurisdicionais devem garantir ao sujeito passivo tributário alcançar o mesmo resultado jurídico conferido àqueles que ocupam o pólo passivo de relação jurídica processual completa (réu da RJPJC: sujeito ativo da RJPJ2) formada em procedimento executivo-fiscal no qual haja ocorrido penhora.

Tal medida pode ser utilizada entre a constituição definitiva do crédito tributário a efetivação de penhora fiscal.

A constituição de tal garantia judicial tributária deve: ser transferível jurisdicionalmente (alienável e penhorável: art.s. 648/650 do CPC, ou, alienável e impenhorável com renúncia de impenhorabilidade), ter sido eleito mediante obediência da ordem de preferência do art. 11 da Lei n.º 6.830/80 e ser conversível em pecúnia.

Como a finalidade de tal prestação é a obtenção de certidão fiscal pode ser oferecido bem não-monetário

A formação dessa garantia judicial não afeta a mora tributária nem suspende a exigibilidade do crédito tributário, não impossibilitando ao sujeito ativo tributário de

lançar mão dos métodos de cobrança administrativa, com exceção dos tributos federais (art. 7.º da Lei n.º 2002).

Já sua extinção ocorrerá em um daqueles casos enumerados para o término das garantias judiciais tributárias, com exclusão da extinção por transferência de propriedade do bem garantidor realizada em processo executivo e adição de outra: a penhora em execução fiscal.

6) BIBLIOGRAFIA

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo : Martins Fontes, 2000.
- ALCHOURRÓN, Carlos E., e BULYGIN, Eugenio. *Introducción a La metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. 3. reimp. Buenos Aires : Astrea, 1998.
- _____. *Análisis lógico y derecho*. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ALVIN, Eduardo Arruda. *Mandado de segurança no direito tributário*. São Paulo : RT, 1998.
- ARAGÃO, E. D. Moniz de. *Procedimento: formalismo e burocracia*. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 358, p. 39-58, nov/dez. 2001
- AUSTIN, J.L., *Sentido e Percepção*. Trad. Armando Manoel Mora de Oliveira. São Paulo : Martins Fontes, 1993.
- _____. *Quando dizer é fazer: palavras e ação*. Trad. Danilo Marcondes de Souza. Porto Alegre : Artes Médicas, 1992.
- BARTHES, Roland. *Elementos de Semiologia*. Trad. Izidoro Binkstein. 12. ed. São Paulo : Cultrix. 1999.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 2. ed. São Paulo : Malheiros, 2001.
- _____. *Efetividade do processo e técnica processual: tentativa de compatibilização*, 2005. Tese (Titular de Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.
- _____. *Nulidade processual e instrumentalidade do processo*. Revista de Processo, São Paulo , v. 15, n. 60, p. 31-43, out/dez. 1990.
- BUENO. Cássio Scarpinella. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*. São Paulo : Saraiva, 2003.
- _____. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. 4.^a ed. São Paulo : Malheiros, 2006.
- BÜLLOW, Oscar Von. *Teoría de los presupuestos procesales y de las excepciones procesales*, Buenos Aires : E.J.E.A, 1968.

CANARIS, CLAUS-WILHELM. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. Trad. A. Mendes Cordeiro 3. ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. trad. Adrián Sotero De Witt Batista. Campinas : Servanda, 1999.

_____. *Metodologia do Direito*. trad. Frederico A. Paschoal. Campinas : Bookseller, 2000.

_____. *Sistema de direito processual civil*. trad. Hiltomar Martins Oliveira. Classicbook : São Paulo, 2000.

_____. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo : Lejus, 1999.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Formalização da linguagem: proposições e fórmulas*. Direito. São Paulo, n.º 1, p. 143/153, jan/jun, 1995.

_____. *Teoria da Norma Tributária*. 2. ed. São Paulo : RT, 1981.

_____. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. São Paulo : Saraiva, 2007.

_____. *Apostila de Filosofia do Direito I, Lógica Jurídica*, São Paulo : PUC/SP, 1999.

CAVALCANTE. Denise Lucena. *O depósito judicial como instrumento de garantia da relação processual*. In: Revista de Direito Tributário, vol. 82. São Paulo : Malheiros, p. 283/290.

CLAUS, Bem-Hur Silveira. *A ordenação do procedimento: uma herança do racionalismo sob interrogação*. Porto Alegre : Revista da Ajuris, ano 27, n. 83, p. 20-32, set. 2001.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. trad. Paolo Capitanio. Campinas : Bookseller, 1998.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 14. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 1998.

CONRADO, Paulo César. *Introdução à teoria geral do processo civil*. São Paulo : Max Limonad, 2000.

_____. *Processo tributário*. São Paulo : Quartier Latin, 2004.

COPI, Irwing. *Introdução à Lógica*. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo : Mestre Jou, 1981.

DE PAULA. Paulo Afonso Garrido. *Código de processo civil comentado*. Coord. Antônio Carlos Marcato, 2. ed. São Paulo : Atlas, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 7 ed. São Paulo : Malheiros Editores, 1999.

_____. *Instituições de direito processual civil*. vol. I e II. São Paulo : Malheiros Editores, 2001.

_____. *Fundamentos de direito processual moderno*. 3. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2000.

_____. *Litisconsórcio*. 5.^a ed. São Paulo : Malheiros, 1997.

ECO, Umberto. *Tratado Geral de Semiótica*. Trad. Antônio de Pádua Danesi e Gilson César Cardoso de Sousa. São Paulo : Eitora Perspectiva, 1980.

FÁVERO, Leonor Lopes. e KOCH, Ingedore G. Villaça. *Linguística textual: introdução*. 3. ed. São Paulo : Cortez Editoria, 1994.

FERRAZ, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo : Atlas, 1994.

FIORIN, José Luiz. *Elementos da análise do discurso*. São Paulo : Editora da Universidade de São Paulo, 2000.

GAJARDIONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimento*. São Paulo : Tese apresentada como requisito de obtenção do grau de Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo.

GUIBOURG, Ricardo; GUIGLIANI, Alejandro e GUARINONI, Ricardo. *Introducción al conocimiento científico*. Buenos Aires : EUDEBA, 1985.

_____; ECHIAVE, Delia Teresa e Urquijo, María Eugenia. *Lógica, proposición y norma*. 6. reimp. Buenos Aires : Editorial Astrea, 2002.

HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. trad. João Vergílio Gallerani Cuter. São Paulo : Martins Fontes, 1999.

_____. *A idéia da fenomenologia*. Trad. Artur Morão. Rio de Janeiro : Edições 70, 1990.

HOSPERS, Jonh, *Introducción al analisis filosófico*. Buenos Aires : Editora Machi, 1964.

GONÇALVES, José Artur Lima. *Imposto sobre a renda: pressupostos constitucionais*. São Paulo : Malheiros, 1997.

JAKOBSON, Roman. *Lingüística e comunicação*. Trad. Izidoro Blikstein e José Paulo Paes. 15 ed. São Paulo : Cultrix, 1995.

KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. 4. ed. Trad. Manoela Pinto dos Santos e Alexandre Frade Morujão. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris Editor, 1986.

_____. *Teoria geral do Direito e do Estado*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo : Martins Fontes, 2000.

KLIPPEL. Rodrigo Ávila Guedes. *Teoria geral do processo civil*. Niterói : Impetus, 2007.

LADRIÈRE, Jean. *A articulação do sentido*. trad. Salma Tannus Muchail. São Paulo : Edusp, 1977.

LIEBMAN, Enrico Túlio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 3. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1984.

LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito processual civil brasileiro*, vol. I. Rio de Janeiro : Forense, 1959.

MACHADO, Hugo de Brito. *Coord. Certidões negativas e direitos fundamentais do contribuinte*. São Paulo Dialética, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas o processo civil*. 3. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 1999.

MARTINS, James. *Direito processual tributário administrativo e judicial*, São Paulo : Dialética, 2001.

MARITAIN, Jacques. *Elementos de filosofia 2. A ordem dos conceitos: lógica menor*. Trad. Ilza das Neves. 12 ed. Rio de Janeiro : Livraria Agir Editora, 1989.

MARTYNIUK, Cláudio Eduardo. *Positivismo, hermenêutica y teoria de los sistemas*. Buenos Aires : Biblos. 1994.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária*. In: Direito processual civil. Rio de Janeiro : Borsoi. 1971.

MOUSSALLEM, Tarek Moysés. *Fontes do direito tributário*. 2. ed. São Paulo : Noeses, 2006.

_____. *Revogação em matéria tributária*. São Paulo : Noeses, 2005.

_____. MOUSSALLEM, Tarek Moysés. FERRREIRA NETO, Osly. Parcelamento e depósito judicial das parcelas: o depósito judicial das parcelas suspende ou não a exigibilidade do crédito tributário? Texto inédito

NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo : Saraiva, 1988.

OLIVEIRA, Bruno Silveira. *Conexidade e efetividade processual*. São Paulo : RT, 2007.

PIERCE, Charles S., *Semiótica*. Trad. José Teixeira Coelho Neto. 2. ed. São Paulo : Editora Perspectiva, 1995.

PAULSEN, Leandro. *Direito tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*. tomo V. Rio de Janeiro : Forense, 1987.

_____. *Sistema de ciência positiva do direito*. Rio de Janeiro : Editor Borsoi.

ROBLES, Gregório. *O direito como texto*. Trad. Roberto Barbosa Alves. Barueri : Editora Manole, 2005.

ROCCO, Ugo. *Diritto processuale civile*. Napole : Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1936.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*. vol. I. 3. ed. São Paulo : RT, 2000.

_____. *Elementos de direito processual civil*. vol. II. São Paulo : RT, 2000.

_____. *Condições da ação*. In: Jurídica – Revista do curso de Direito da UFES, v. 2. 2000.

_____. *Manual de execução civil*. 3. ed. Rio de Janeiro ; Forense Universitária, 2008.

SANTAELLA, Lúcia. *A percepção: uma teoria semiótica*. São Paulo : Experimento, 1993.

SANTI, Eurico Marcos de. *Validade, vigência, eficácia e aplicação das normas jurídicas*. São Paulo, n.º 2, p. 131/154, jul/jdez, 1995.

_____. *Decadência e Prescrição no direito tributário*. São Paulo : Max Limonad, 200.

_____ e CONRADO, Paulo César. *Controle direito de constitucionalidade e repetição do indébito tributário*. in Revista Dialética de direito tributário, n.º 86. São Paulo : Editora Dialética, 2002.

SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de lingüística geral*. Trad. Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blinkstein, 21. ed. 1999.

SILVA, Joana Lins e. *Fundamentos da norma tributária*. São Paulo : Max Linmonad, 2001.

SILVEIRA, PAULO Fernando. *Devido processo legal*, 3. ed. Belo Horizonte : Del Rey. 2001.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 5.^a ed. São Paulo : Saraiva, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo cautelar*. 23.^a ed. São Paulo : Leud, 2006.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 10.^a ed. Ed. Rio de Janeiro : Renovar, 2003.

TREVISAN, Rafael Castegnaro. *Penhora na execução fiscal, caução antecipatória e certidão positiva com efeito de negativa (Art. 206 do CTN)*. In: Direito Tributário: Certidões negativas de débito. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 1999. p. 237/263.

TORRES, Ricardo Lobo. *Obrigação tributária*. In: Curso de direito tributário brasileiro. Coord. GOMES, Marcus Lívio, ANTONELLI, Leonardo Pietro. São Paulo : Quartier Latin, 2005.

VERGUERIO, Camila Gomes de Mattos Campos. *A ação de consignação em pagamento e a extinção do crédito tributário*. In: *Processo tributário analítico*. Coord. Paulo César Conrado. São Paulo : Dialética, 2003.

VILANOVA, Lourival. *Norma jurídica – proposição jurídica (significação semiótica)*. In Revista de Direito Público n.º 62. São Paulo : RT, 1982.

_____. *Sobre o conceito de direito*. Recife : Imprensa Oficial, 1947

_____. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo : Max Limonad, 1997.

_____. *Causalidade e relação no Direito*. 4. ed. São Paulo : RT, 2000.

_____. *Norma jurídica – proposição jurídica (significação semiótica)*. In Revista de Direito Público n.º 62. São Paulo : RT, 1982.

XAVIER, Alberto. *Princípios do Processo Administrativo e Judicial Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

WACH, Adolf. *La pretension de declaracion*. trad. Juan M. Semon. Buenos Aires : E.J.E.A., 1962.

WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre : Safe, 1995.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tratado Lógico-filosófico*. Trad. M.S. Lourenço. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade*. São Paulo : Malheiros Editores, 1993.

_____. *Tutela jurisdicional*. São Paulo : Editora Atlas, 1999.